

『岡山大学法学会雑誌』第65巻第3・4号（2016年3月） 924

# 国内法の国際法適合的解釈と権力分立

—— 米国における Charming Betsy Canon の紹介を中心に ——

山 田 哲 史

はじめに

## 1. 我が国における議論状況と問題の所在

### 1.1. 総 説

### 1.2. 裁判例

### 1.3. 学説と検討

### 1.4. 中間総括

## 2. アメリカにおける議論

### 2.1. 沿 革

### 2.2. 権力分立の理論としての Charming Betsy Canon ?

### 2.3. 中間総括

おわりに

## はじめに

筆者は、これまで、グローバル化の時代における法形成とその民主的正統化の問題について、幾つかの論稿を公にしてきた。そこでは、まず、国内議会の果たすべき役割をドイツ<sup>(1)</sup>、アメリカ<sup>(2)</sup>の両国における議論を参照して検討した。その上で、国内議会の果たしうる役割の限界にも留意しながら、国内裁判所の役割に研究の軸足を移した。そして、国際法規範の「自動執行性」ないし「直接適用可能性」と言った問題について、アメリカにおける議

一三〇

(1) 拙稿「グローバル化時代の議会民主政（一）～（五）・完」法学論叢172巻2号（2012年）82頁以下～174巻2号（2013年）102頁以下。

(2) 拙稿「国際的規範と民主政」帝京法学29巻1号（2014年）223頁以下。

論を参照しつつ、権力分立という憲法学の観点からアプローチした論稿<sup>(3)</sup>も公表している。当該拙稿においては、自動執行性ないし直接適用可能性の問題について、なおドイツにおける議論の検討を予告している<sup>(4)</sup>ところであるが、国際法の間接適用ないし国内法の国際法適合的解釈の問題についても検討することを予告している<sup>(5)</sup>。本稿では、前者の検討に先んじて、後者の問題について、アメリカの議論を紹介しつつ若干の考察を試みるものである。先行する拙稿とも重複を免れないところではあるが、従来の筆者の研究テーマにとって、間接適用ないし国際法適合的解釈という問題がどのように関連するのかを簡潔に補足しておきたい。筆者は、自動執行性ないし直接適用可能性という問題を、民主的正統性が希薄な国際的規範の国内法秩序への流入に対する関所と位置づけ、国際公益等国際法上の要請と、(国内)民主政の維持を含む、国内法秩序の基本的価値との調整の場であるとの仮説を提示している<sup>(6)</sup>。他方で、自動執行性ないし直接適用可能性が否定された場合も、国際法規範の規範内容が、国内法の解釈に影響するという形で間接的に適用される、あるいは、国内法が国際法に適合的に解釈される、場合によってはされなければならないという言説がある<sup>(7)</sup>。国内議会による国際的法規範の国内への取り込みの承認が十全に行われていないと判断される(すなわち、自動執行性ないし直接適用可能性を欠く)場合にも、国内的効力自体は国際的規範に認められるのであれば<sup>(8)</sup>、とりわけ下位法の解釈に当たって、国際的

(3) 拙稿「憲法問題としての国際的規範の『自動執行性』」帝京法学29巻1号(2014年)343頁以下。

(4) 同上・447-451頁。

(5) 同上・455-456頁。

(6) 同上・344-346頁参照。

(7) この「言説」そのものではないが、例えば、浅田正彦編著『国際法(第2版)』(東信堂, 2013年)27-28頁[浅田正彦執筆部分]などを参照。なお、間接適用ないし国際法適合的解釈の許容性と義務の問題を明確に分けてとりわけ後者の範囲確定に注意を促すものとして、酒井啓亘ほか『国際法』(有斐閣, 2011年)403-405頁[濱本正太郎執筆部分]がある。

(8) もっとも、後に述べるように、間接適用の対象は、当該国家にとって法的拘束力を有するものに限定されないとするのが有力であり、国内的効力の存在を理由にできるだけ

法規範が参照されることは、民主的正統性の要請と、国際公益の実現や国内法秩序内部からの要請としての国際協調との調整として妥当性を有することは確かである。しかし、間接的な適用にすぎない、参照にすぎないといった言葉を用いることで、実際には、国際法規範が、国内裁判所限りの判断によって、無制約に国内法秩序へと流入することを許してしまうことになれば、大きな問題となろう<sup>(9)</sup>。こうして、間接適用ないし国際法適合的解釈というものも、各国の国内法秩序の基本構造の決定としての主権の問題と共に、下位のレベルでその決定を国内の憲法機関の間でどのように分担するかという、権力分立の問題にも関わっているのである。

以上のような次第で、本稿では、アメリカにおいて、国際法の間接適用ないし、国際法適合的解釈の必要性を説く Charming Betsy Canon を巡る諸議論を検討することを通じて、国際法の間接適用ないし、国際法適合的解釈の意義を巡る検討の一端を示したい。

なお、国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈というのは、筆者の従来の研究からの文脈を離れても、京都初等朝鮮学校に対するヘイト・スピーチについての第一審<sup>(10)</sup>・控訴審判決<sup>(11)</sup>が、人種差別撤廃条約を、民法上の不法行為の成立や賠償額の算定に際して考慮したことから、アクチュアルな問題として注目を浴びているところである。その意味でも、本稿の検討には一定の意義があるものと思われる。

それでは、早速、章を改めて検討に移っていくことにしよう。ただし、いきなり先に予告したアメリカにおける議論を行うのではなく、アメリカにおける議論を参照・検討する際の視点を確定する意味でも、まずは、我が国に

広い国際法規範の考慮を求める場合、これをむしろ直接適用として整理する論者もある。この点については、申恵丰『国際人権法』485頁以下（信山社，2013年）などを参照。

(9) この点について、「間接適用においては、国内法を解釈するという建前の下で、裁判官はかえって大胆に国際法に依拠することがある」という、岩沢雄司の指摘（岩沢雄司「国際法と国内法の関係」小寺彰ほか編『講義国際法（第2版）』（有斐閣，2010年）117頁）を参照。

(10) 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁。

(11) 大阪高判平成26年7月8日判時2232号34頁。

おける議論状況について概観することから始めることにしたい。

## 1. 我が国における議論状況と問題の所在

### 1.1. 総 説

我が国における、国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈を巡る議論の歴史は決して古いものではない。国際法の「間接適用」の語を初めて使用し、主題化したのは、岩沢雄司であるとされ、「間接適用」の語を用いずに、岩沢がこれを考察対象としているものでも、1985年の『条約の国内適用可能性』<sup>(12)</sup>に遡るにとどまる<sup>(13)</sup>。それでも、近時の国際法教科書においては、国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈についての言及を見いだすことができるようになっており<sup>(14)</sup>、一定の定着を認めることができる<sup>(15)</sup>。

だからと言って、間接適用ないし国際法適合的解釈の問題について議論が尽くされたわけではない。本稿においても、ここまで「間接適用ないし国際法適合的解釈」という、幅をもたせた表現を用いてきた点にも如実に表れているように、間接適用ないし国際法適合的解釈であるが、その概念理解につ

(12) 岩沢雄司『条約の国内適用可能性』（有斐閣、1985年）。

(13) 以上の点について、参照、寺谷広司「『間接適用』論再考」坂元茂樹編『国際立法の最前線』（有信堂、2009年）166頁。

(14) 例えば、柳原正治ほか編『プラクティス国際法講義（第2版）』（信山社、2013年）65頁〔高田映執筆部分〕、岩沢・前掲註(9)116-117頁・122-123頁、酒井ほか・前掲註(7)403-405頁、浅田編・前掲註(7)27-28頁など。

(15) 他方、これが憲法の教科書となると、言及するものは限定されており、言及するものについても、人権保障の国際化の項目で主として、国際人権条約に限定される形で、間接適用の問題に触れるという形を取るに止まっている。例えば、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）119-120頁、大石眞『憲法講義Ⅱ（第2版）』（有斐閣、2012年）17頁などが言及を行うものにあたる。これに対して、よく参照される教科書類でも、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）79頁は、様々な国際人権条約を紹介するにとどまっているし、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2012年）207頁〔中村睦男執筆部分〕は、国籍法違憲判決における、自由権規約及び児童の権利条約への言及への「注目」を行うにとどまる。

さらに、他の法分野について同じく教科書レベルに限ってみれば、自動執行性ないし直接適用可能性の問題については一定の言及が見られる（この点については、拙稿・前掲註(3)377頁以下で簡単に触れている）ものの、間接適用ないし国際法適合解釈についてはほぼ言及がないと言って良い状況にある。

いては必ずしも一定していないとも指摘されている<sup>(16)</sup>。例えば、呼称に関連して言えば、濱本正太郎は、間接適用ないし国際法適合的解釈という事象一般が、厳密な意味の「適用」とは言い難いとして、より古くから用いられてきた間接適用という用語ではなく、むしろ国際法適合的解釈の語を用いる<sup>(17)</sup>。このように、我が国において、国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈についてなお論じるべきことは多い。

また、他方で先に触れたように、ヘイト・スピーチ<sup>(18)</sup>が大きな問題となった京都初等朝鮮学校襲撃事件を巡る京都地裁・大阪高裁の判決などをきっかけとして、憲法学からも、国際法——といっても、主に国際人権条約であるが——の間接適用ないし国内法の国際法適合的解釈への注目が集まっている<sup>(19)</sup>。さらに、国籍法違憲判決<sup>(20)</sup>や非嫡出子相続分差別違憲決定<sup>(21)</sup>といった、近時の最高裁の最重要判例が揃って、法律の違憲性判断にあたり国際人

(16) 例えば、寺谷・前掲註③169頁を参照。

(17) 酒井ほか・前掲註(7)403-404頁。本稿においては、間接適用という用語がなお有力に使用されており、国際法適合的解釈という用語が一般化するに至っていないこと、これまでの先行研究に言及する場合にはそこでの用語法を尊重すべきことなどから、「間接適用」の語を優先的に使用し、最終的には本稿としての用語法に対する立場も示すつもりである。これについては、後掲 1.3.3. 参照。

(18) ヘイト・スピーチを巡る議論の実体的部分について本稿では立ち入らない。この点については、枚挙にいとまがないが、代表的なものとして、曾我部真裕ほか「連載日本国憲法研究 表現の自由 ヘイトスピーチと表現の自由」論究ジュリスト14号(2015年)152頁以下や、毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について」法学論叢176巻2・3号(2014年)210頁以下、渡辺康行「『たたかう民主制』論の現在」石川健治編『学問／政治／憲法』(岩波書店、2014年)174頁以下などを参照。

(19) あくまで判例評釈ながら、これらの裁判例を契機とする、憲法研究者による論稿として、梶原健佑「名誉毀損不法行為責任と人種差別的発言」山口経済学雑誌62巻4号(2012年)321頁以下、上村都「『憎悪表現』に対する救済」『平成25年度重要判例解説』(有斐閣、2014年)26頁以下、那須祐治「民族学校に対する示威活動等が不法行為にあたるとして損害賠償と差止めが認められた事例」『新・判例解説 Watch vol.14』(日本評論社、2014年)15頁以下、中村英樹「人種差別的示威行為と人種差別撤廃条約」北九州市立大学法政論集42巻1号(2014年)77頁以下[以上は、第一審判決のみを題材とする]、守谷賢輔「人種差別撤廃条約における『人種差別』と人種差別的発言の不法行為の該当性」福岡大学法学論叢60巻1号(2015年)103頁などがあるが、これらはいずれも、人種差別撤廃条約の間接適用ないし条約適合的解釈の問題に言及する。

(20) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

(21) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。

権条約に言及したことも、憲法学から国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈への注目を集める要因となっている<sup>(22)</sup>。国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈と従来の私個人の研究との関係については先に述べた通りであるが、以上のような点に鑑みれば、憲法研究者である筆者がこの問題に取り組む意義も、十分にあるということができよう。

以上のような次第であるので、本章では以下、裁判例や従来の学説を取り上げ、我が国における議論の到達点を確認する作業を行うことにしたい。

## 1.2. 裁判例

### 1.2.1. 下級審による国際人権条約の「間接適用」

民事訴訟においても刑事訴訟においても、現行法上、条約違反が上告理由となっていないこと<sup>(23)</sup>にも関連して、最高裁において、条約が直接的な適用対象となることにとどまらず、なんらかの言及がなされることも、稀であると指摘されてきた<sup>(24)</sup>。そのため、従来、「間接適用」の実例が指摘されてきたのは、下級審における事案であり、さらに、それは、国際人権条約が関連するものに限定されてきた。そこで、まずは、網羅的なものではないが、この従来にいわゆる国際

(22) この二つの最高裁の判断にとりわけ強い関心を示すのが、江島晶子 (see, e.g., A. Ejima, *Emerging Transjudicial Dialogue on Human Rights in Japan*, 14 MEJI L. SCH. R. 139 (2014). 邦語による簡潔な言及として、江島晶子「憲法と条約」法学教室405号(2014年)47頁も参照)と山元一(例えば、参照、山元一「『憲法的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』」法律時報87巻4号(2015年)74頁以下)である。さらに参照、竹下守夫「非嫡出子相続分違憲大法院決定と司法の国際化」法の支配175号(2014年)4頁。

(23) 民事訴訟法312条、合わせて同318条。刑事訴訟法405条。

(24) 国際人権法に限定した形での、主として「直接の適用」を念頭に置いていると思われる文脈ではあるが、例えば、伊藤正己「国際人権法と裁判所」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法1 国際人権法と憲法』(信山社、2006年)10-13頁や米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座憲法学2 主権と国際社会』(日本評論社、1994年)184-185頁「我が国の国内裁判所一般における国際法援用の消極性に言及」などを参照。合わせて参照、穴戸常寿「イントロダクション」法律時報87巻8号(2015年)73頁。ただし、穴戸も指摘するように、特段、自動執行性の問題等を論じることなく、(平成12年法律第97号改正前の)租税特別措置法の日星租税条約への適合性が論じられた、最判平成21年10月29日民集63巻8号1881頁が存在することなどには注意する必要がある。

人権条約の「間接適用」の先例について簡潔に振り返っておくことにしたい<sup>(25)</sup>。

### 1.2.1.1. 国家行為の統制における「間接適用」

#### ① 二風谷ダム事件

下級審における国際人権条約の間接適用の先例のうち、最初期のものに位置付けられてきたのが、平成9年の二風谷ダム事件札幌地裁判決<sup>(26)</sup>である。これは、アイヌ民族にとっての聖地<sup>(27)</sup>にダムが建設されるにあたって、建設大臣（当時）が行った事業認定及び、それに基づく収用裁決の違法性が争われた事案である。判決は、事業認定にあたって、土地収用法20条3項所定の要件の充足判断について、建設大臣に裁量があることを認めた。他方で、判決は、アイヌ民族を自由権規約27条にいう少数民族であることを認めた上で、自由権規約27条の規定を我が国が誠実に遵守する義務を負うことを指摘し、少数民族たるアイヌ民族固有の文化を享受する権利が憲法13条を通じて認められることにも言及した。その上で、建設大臣は、事業計画の達成によって得られる利益がこれによって失われる利益に優越するかどうかを判断するにあたって必要となるべき、アイヌ民族の文化等への影響を考慮することもなく、また影響をできるだけ小さくするような対策を講じることもないまま安易な判断を行ったとして、事業計画の違法を認定した<sup>(28)</sup>。

この判決については、「間接適用」論をリードする岩沢雄司が、事業認定の違法性を基礎付ける決定的な根拠が自由権規約27条に規定された少数民族の文化享有権を十分に尊重しなかったことに求められることを理由として、む

(25) ここで紹介・検討対象とするのは、従来間接適用ないし国際法適合的解釈の実例としてよくあげられてきたものに限られ、網羅的な検討を行えてはいないことを予め断っておく。

(26) 札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁。

(27) 本稿では、少数民族の問題等実体面には立ち入らない。事件の背景等については、例えば、保屋野初子「二風谷ダム訴訟 アイヌ民族への“償い”の言葉に代えた歴史的判決」法学セミナー567号（2002年）77頁以下などを参照。

(28) 収用裁決への違法性の承継を認めつつ、収用裁決の取消しについては、事情判決（行政事件訴訟法31条）により否定され、請求棄却。



しろ直接適用の例であるという指摘している<sup>(29)</sup>。しかしながら、概念定義の問題の詳細については後の学説の検討において言及するとして、形式的に見れば、直接的な適用法規はあくまで土地収用法であり、その解釈にあたって、憲法13条と合わせる形で<sup>(30)</sup>自由権規約27条が考慮されているのであり、その意味では「間接」的な適用ということが可能であり、むしろ、学説においても——一定の留保は付されつつも——間接適用の先例として整理されるのが一般的である<sup>(31)</sup>。そして、この構造は、学校教育法上の学校長の裁量権行使について、憲法20条による信教の自由の保障を考慮して、統制を加えたいわゆる神戸高専剣道実技拒否事件の最高裁判決<sup>(32)</sup>とまさに重なるものである。この神戸高専事件の最高裁判決を行政裁量統制型の憲法適合的解釈の例と整理する穴戸常寿<sup>(33)</sup>に倣い、二風谷ダム事件判決を行政裁量統制型の条約適合的解釈と呼ぶことが可能であるように思われる<sup>(34)</sup>。

(29) 岩沢雄司「二風谷ダム判決の国際法上の意義」国際人権9号（1998年）56頁。

(30) 当該判決が、憲法13条と自由権規約27条の関係をどのように考えているのかについては、必ずしも明確ではない。一方で、競合関係の整理に言及するところがないことにはやや疑問も残らないではないが、並列する二つの関連法文と考えているとも考えることもできる。他方で、自由権規約27条の権利が、憲法13条の権利としても承認される旨を述べているようにも理解できなくはない。また、いずれと解した場合も憲法問題回避原則との関係も問題としよう。

(31) 例えば、今井直「先住少数民族の権利」『国際法判例百選（第1版）』（有斐閣、2001年）99頁、寺谷・前掲註(13)170頁や中・前掲註(8)503-504頁参照。いずれと見るべきか判然としないうつつ、権利保障の観点からはそれほど重要ではないと述べるものとして、中村英樹「少数民族の文化享有権」法政研究64巻4号841頁、845頁註18。前註における二つ目の見解に立てば、土地収用法上の裁量統制に直接用いられているのは、憲法13条であるということにもなり得るので、さらに、「間接」度が高まるように思われる。

(32) 最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。

(33) 穴戸常寿「合憲・違憲の裁判の方法」戸松秀典ほか編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）71頁。あわせて、穴戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号（2009年）100頁以下も参照。関連する拙稿として、山田哲史「『憲法適合的解釈』をめぐる覚書」帝京法学29巻2号（2015年）277頁以下。

(34) なお、本判決は、現在では最高裁判例においても一定程度定着したと言われる（やや懐疑的な分析も含めて、例えば高木光『行政法』（有斐閣、2015年）494頁。あわせて、穴戸（公法研究）・同上104-105頁も参照）、行政裁量の判断過程統制の手法を用いた、いわゆる日光太郎杉事件控訴審判決（東京高判昭和48年7月13日判時710号23頁）に続く先駆的な裁判例として注目されるものである。この点に関する、本判決についての解説として、山下竜一「二風谷ダム事件」『環境法判例百選（第2版）』（有斐閣、2011年）201頁、大



## ② 在留特別許可不許可事件福岡高裁判決

行政統制型の条約適合的解釈に分類しうる先例としては、他に、難民認定法上の在留特別許可を巡る、福岡高判平成17年3月7日<sup>(35)</sup>がある。この判決は、在留特別許可の判断について法務大臣の広範な裁量を認めつつ、憲法98条2項及び憲法99条を介して、国際人権条約（具体的には、自由権規約や児童の権利条約を引用）の精神やその趣旨を重要な要素として考慮する義務を導いている。そして、過去の日本国政府の施策の不当性などに加えて、自由権規約に基づく家族関係の保護要請を論拠として、不許可処分を違法とした。なお、この判決の原審判決である、福岡地判平成15年3月31日<sup>(36)</sup>も、原告の請求を棄却したものではあったが、法務大臣の裁量権の逸脱・濫用の有無を判断するにあたって、一事情として、自由権規約や児童の権利条約を考慮すること自体は、「あり得る」ことだとしていた。

## ③ 徳島接見制限事件

さらに、国家行為の統制について人権条約を間接適用した例としては、実は二風谷ダム事件判決に前後するものであるが、現在にいうところの刑事施設収容者の民事事件の代理人弁護士との接見時間の制限の違法性が争われた事件の第一審判決<sup>(37)</sup>及び控訴審判決<sup>(38)</sup>を挙げることができる。

このうち、第一審判決は、自由権規約の自動執行性（判決自体は、「直接的効力」という語を用いる）までも認めた上で、条約に違反する限りにおいて、監獄法（当時、以下同じ）や監獄法施行規則（当時、以下同じ）の規定が無効となるとまで述べており、限りなく、直接適用に接近した判断も含んでいるが、監獄法・同法施行規則が自由権規約14条1項の趣旨に則って解釈され

貫裕之「二風谷ダム事件」『平成9年度重要判例解説』（有斐閣、1998年）49-50頁、山村恒年「二風谷ダム収用裁決取消訴訟事件（北海道）」判例地方自治178号（1998年）111-112頁などを参照。

(35) 判タ1234号73頁。

(36) 判タ1234号82頁。

(37) 徳島地判平成8年3月15日判時1597号115頁。

(38) 高松高判平成9年11月25日判時1653号117頁。

なければならないとしており、条約適合的解釈の義務が認められている点が重要である。また、この点は、宍戸のいう憲法適合的解釈では、行政裁量統制型の他に、法律等の規定の意義を明らかにするものという類型が設定されている<sup>(39)</sup>が、これに相当する条約適合解釈を求めたものであると整理することもできるのではないだろうか。ただし、監獄法・同法施行規則の具体的な解釈においては、最終的には自由権規約14条1項を援用し、民事事件の訴訟代理人との接見を原則許可しなければならないとしているものの、元来親族以外の者との接見の許可については刑務所長に裁量があること自体は認めているので、裁量統制型との距離も遠くはない。控訴審判決も、第一審判決のうち、自動執行性を認めた部分や自由権規約に違反する部分が無効となる可能性を指摘した部分を削除したが、監獄法及び同法施行規則の関連条項が自由権規約14条1項の趣旨に則って解釈されなければならないと、適合的解釈の義務の認定は維持し、監獄法及び同法施行規則の解釈内容についても基本的にこれを維持した<sup>(40)</sup>。

また、この二つの判決はいずれも、自由権規約14条1項の規範内容を解釈するにあたって、欧州人権条約や国連総会にて採決された被拘禁者保護原則という、我が国を拘束しない条約や、そもそもそれ自体として法的拘束力を持たない文書を参照している点でも注目される。

(39) 宍戸・前掲註3369-70頁。

(40) 第一審・控訴審ともに、30分に限定した接見許可を違法とし、国家賠償請求も認容した。これに対して、上告審は、国際人権条約に言及することなく、違法性を否定し、請求を棄却した。なお、同日同小法廷の類似事件（当該事件の原審は、請求棄却の判断）についての判決も基本的には同様の見解を示しているが、理由を特に示すものではないものの、自由権規約14条1項への違反も否定している。この判決の評釈として、片山巖「刑務所長が監獄法及び同施行規則の規定に基づき、受刑者と弁護士との接見時間を30分以内と指定し、職員の立会いの下に接見を許可したことは、刑務所長の裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したとは認められないとした事例」法律のひろば54巻2号（2001年）54頁以下（判決に賛同）、只野雅人「受刑者とその民事訴訟代理人との接見につき刑務所長が刑務所職員の立会いと接見時間を30分以内とすることを条件に許可した措置が裁量の範囲内であるとされた事例」判例評論509号（2001年）23頁以下（判決に懐疑的）などを参照。

### 1.2.1.2. 私人間の紛争に対する「間接適用」

ここまでは、国家行為に対する司法審査にあたって、国際人権法の間接適用が問題となったケースを紹介してきたが、私人間の紛争について国際人権法を間接適用する例も、先に触れた、朝鮮学校襲撃事件についての第一審・控訴審判決も含めて一定数の集積がある。以下では、私人間の紛争への「間接適用」事案を紹介していくことにしよう。

#### ① 浜松宝石店入店拒否事件

私人間の紛争への「間接適用」の最初期の先例として知られる<sup>(41)</sup>のが、浜松宝石店入店拒否事件の静岡地裁浜松支部判決<sup>(42)</sup>である。これは、外国人の入店を拒絶する旨の張り紙をした上で、来店中の原告がブラジル人とわかると退去を求めた、被告宝石店の行為についての、不法行為に基づく損害賠償請求事件である。判決は、条約と国内法の関係や条約と憲法の優劣関係などについて一般論を展開したのち、人種差別撤廃条約を憲法には劣位するが、国内法としての効力を有する規範であるとし、自動執行性も認めた上<sup>(43)</sup>で、

(41) 村上正直「『外国人入店拒否』静岡地裁浜松支部判決」国際人権11号（2000年）82頁、阿部浩己「外国人の入店拒否と人種差別撤廃条約の私人間適用」ジュリスト1188号（2000年）92頁。なお、これに先んじる、在日韓国人であることを理由としたマンションの賃貸借契約の締結拒否を巡る大阪地判平成5年6月18日判タ844号183頁では、原告側は国際人権規約への違反を主張したが、裁判所は私人相互間に直接作用することを否定し、間接的な作用自体は排除しないものの、その後の不法行為責任の成否の検討に当たって、人権条約への言及はなかった。また、ゴルフクラブが、在日韓国人に対して日本国籍を有しないことを理由にゴルフクラブの法人会員の登録者への変更を承認しなかった事件についての東京地判平成7年3月23日判タ874号298頁では、憲法14条の「間接適用」が問題になったにとどまり、人権条約については論じていない。同種の事件に対する、同様の判示として、東京高判平成14年1月23日判時1773号34頁も参照。

(42) 静岡地浜松支判平成11年10月12日判タ1045号216頁。

(43) 判決は、「そしてまた、何らの立法措置を必要としない外務省の見解を前提とすれば」としており、日本語としても趣旨が不明なものを含んでいるが、裁判所としては、外務省の見解を前提として、人種差別撤廃条約の国内での適用に何らの立法措置を必要としないということになる、すなわち、自動執行性ないし直接適用可能性が認められると考えるという趣旨と善解することが可能であろう。ただし、その場合も、それが本文に引用したような、不法行為の要件認定において解釈基準となることにどうつながるのか、必ずしも明確ではない。

「不法行為の要件の解釈基準として作用するもの」であるとした。ただし、その先は、基本的人権の性格や概念の歴史について、主として新書の類を引用して抽象論を展開するほか、本件における事実を羅列した上で、「原告の感情を逆なでするものであった」と認定するにとどまり、人種差別撤廃条約の具体的な解釈論はおろか、民法709条の法解釈論も展開されておらず、かなり特異な判決である。すなわち、この判決から、私人間の紛争解決に人権条約の規律がどのような影響を与えるのかといったことを読み取ることは困難であると言わざるを得ない<sup>(44)</sup>。

## ② 小樽公衆浴場外国人入店拒否事件

メディア等でも大きく取り上げられた事件で、私人間の紛争への人権条約の間接適用を本格的に扱った例として注目されるのが、公衆浴場における外国人の入店拒否が問題となった、小樽公衆浴場事件である。第一審判決<sup>(45)</sup>は、憲法と並んで、自由権規約や人種差別撤廃条約が、私人相互の間の関係を直接規律するものではないとしつつ、「私人の行為によって他の私人の基本的な自由や平等が具体的に侵害され又はそのおそれがあり、かつ、それが社会的に許容しうる限度を超えていると評価されるときは、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等により、私人による個人の基本的な自由や平等に対する侵害を無効ないし違法として私人の利益を保護すべきであり、自由権規約や「人種差別撤廃条約は、前記のような私法の諸規定の解釈にあたつての基準の一つとなりうる」として

(44) 参照、村上・前掲註(41)82頁、阿部・前掲註(41)92頁、梶原・前掲註(49)119-120頁、中村・前掲註(49)87頁。

(45) 札幌地判平成14年11月11日判タ1150号185頁。不法行為法の観点からの民法学者による数少ない検討の一つとして、大村敦志『不法行為判例に学ぶ』（有斐閣、2011年）195頁以下がある。

(46) 本事件では、小樽市に対する国家賠償請求も併合されており、地方自治体の人種差別適用条約上の義務の有無・性質に関する議論が展開されているが、本稿では立ち入らない。この点については、金子大「私人による人権侵害と国家の責任についての覚書」法学新報120巻9・10号（2014年）111頁以下などを参照。

約2条1項に定義される人種差別に該当することを指摘し、私人間においても撤廃されるべき人種差別にあたることを認定した上で、被告の営業の自由の保障も視野に入れて検討し、「不合理な差別であって、社会的に許容しうる限度を超えているものといえるから、違法であって不法行為にあたる」とし、被告の不法行為責任を認めた。控訴審判決<sup>(47)</sup>も、以上の点については、第一審判決を引用しており、最高裁も、いわゆる三行判決で、上告棄却、上告不受理の判断を示している<sup>(48)</sup>。この第一審・控訴審判決は、憲法の人権規定の私人間適用についての、オーソドックスな間接適用説をなぞった思考様式を採っていると指摘することができる<sup>(49)</sup>。また、人種差別撤廃条約2条1項の文言への該当性を検討していることを明示こそしないが、先に述べたように、人種差別撤廃条約2条1項にいう人種差別の定義への該当性を検討しており、かなり具体的な援用を行っているものとして注目を集めたことも故のないことではない<sup>(50)</sup>。なお、ここでは、解釈基準となりうることが説かれるにとどまり、解釈基準として用いる義務の存在は認めていないところに留意しておかなければならない。

### ③ 京都初等朝鮮学校襲撃事件

続いて、既に述べたように、最近の注目を集めた事件である、「在特会」等による京都初等朝鮮学校襲撃事件を巡る民事訴訟の第一審・控訴審判決<sup>(51)</sup>も、私人間の紛争に人権条約、具体的には人種差別撤廃条約の「間接適用」を行った例である。

(47) 札幌高判平成16年9月16日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号25421353)。

(48) 最決平成17年4月7日判例集未登載 (LEX/DB 文献番号25421354)。

(49) 例えば参照、佐藤美由紀「公衆浴場における外国人差別と市の責任をめぐる事件」自治研究80巻7号(2004年)144頁。実際に、判決は憲法14条と並立的に自由権規約や人種差別撤廃条約に言及している。

(50) ただし、賠償額算定などにどのように人種差別撤廃条約が影響しているのか不明確であると指摘するものとして、守谷・前掲註9124頁。

(51) なお、最高裁における上告審(最決平成26年12月9日判例集未登載 [LEX/DB 文献番号25505638])は、いわゆる三行判決で、上告棄却、上告不受理の判断を示している。

第一審判決は、まず、我が国が締結した条約は、批准・公布をした場合に、それを具体化する立法を必要とする場合でない限り、国法の一形式として法律に優位する国内的効力を有するとした<sup>(52)</sup>。その上で、人種差別撤廃条約の1条1項、2条1項、6条の内容を引用し、6条は締約国の国内裁判所を直接の名宛人として直接義務を与える規定であり、その結果として、我が国の裁判所は、法律を人種差別撤廃条約の定めに適合するように解釈する責務を負うという。他方で、「三権分立原則」からの逸脱の危険性にも言及しつつ、人種差別撤廃条約行為が行われたというだけで民法709条の不法行為責任の発生を認めることはできず、具体的な損害の発生が認定されて初めて、民法709条に基づく損害賠償責任が生じるとしている。そうでありながら、具体的な損害であるところの無形損害の認定・算定については、人種差別行為に対する効果的な保護及び救済措置となるような額を定めなければならないという形で、ここでも人種差別撤廃条約が参照されるべきことに言及する。そして、具体的な事案に対する判断において、被告らの行為が人種差別撤廃条約1条1項所定の人種差別行為に該当することを認定し、これを以って、民法709条の所定の不法行為に該当することを基礎付けているし、人種差別行為であることをもって、無形損害の算定の加重を根拠付けた<sup>(53)</sup>。この判決の特徴は、国内裁判所による救済を規定している人種差別撤廃条約6条の特殊な規定ぶりに依拠するところが大きいが、人種差別撤廃条約への条約適合的解釈を日本の国内裁判所にとって義務的なものとした点に何よりも求められる<sup>(54)</sup>。さ

(52) この点は、自動執行性ないし直接適用可能性と国内的効力を混同している点で問題のあるところでもあるが、本稿の主題とはそれるので、ここでは立ち入らない。

(53) ここでは、国連人種差別撤廃委員会での日本政府の国家報告における見解が引用されており、条約監視機関の意見・見解の参照という面でも、注目される。この点に言及するものとして、寺谷広司「ヘイトスピーチ事件」『平成25年度重要判例解説』（有斐閣、2014年）293頁。

(54) この点に注目するものとして、梶原・前掲註(9)118・120-121頁、守谷・前掲註(19)125頁、藤本晃嗣「差別的発言を伴う示威行為とその映像公開が人種差別にあたるとされた事例」『新・判例解説 Watch vol.15』（日本評論社、2014年）337頁、齋藤民徒「私人間の差別行為と人種差別撤廃条約の国内適用」国際人権25号（2014年）113頁、寺谷・同上。ただし、寺谷は、裁判所が「直接」にこの責務を負うとした趣旨が不明確であると批判する。



らに、この点とも関連するが、条約適合的な解釈を行うことが、政治部門とは別の、裁判所としての役割であることが自覚され、権力分立への言及も含んでいるところも、画期的であるといえよう<sup>(55)</sup>。

続いて、控訴審判決について見てみることにしよう。控訴審判決では、第一審判決において注目すべき点であるとした、条約適合的解釈の義務性の言及が、裁判所への直接的な義務を発生させるものであるとの性格付けもろとも削除されている。そして、これに替える形で、「私人相互の関係を直接規律するものではなく、私人相互の關係に適用又は類推適用されるものでもないから、その趣旨は、民法709条等の個別の規定の解釈適用を通じて、他の憲法原理や私的自治の原則との調和を図りながら実現されるべきものであると解される」という、従来の人権規定の私人間適用における間接適用型の表現が挿入されている。そして、第一審では、人種差別撤廃条約を単体で検討し、憲法への言及がなかった<sup>(56)</sup>のに対して、憲法13条や14条と並立的に民法709条の権利侵害要件を基礎付ける役割を与えられている。語弊を恐れずに言えば、小樽公衆浴場事件判決への「先祖返り」を果たしたとも評価できる<sup>(57)</sup>。また、第一審の表現が、損害額の算定を巡る論点については、人種差別行為への該当性が責任の加重という形で、現実には生じていない損害を賠償させるものとの誤解を与えかねないと配慮したのか、不法行為損害賠償の目的が現実的な損害の填補であることを強調し、民法上の不法行為による無形損害の大きさの判断で加味されるにすぎないことを指摘するものに差し替えられている。この他は、被告側の、国籍による差別であって、人種差別に該当しないとの主張に対応して、民族的出身に基づく区別又は排除であることから、

(55) ただし、権力分立（判決文においては三権分立）に言及している部分は、適合的に解釈される民法709条によって設定された要件を満たさないような場合に、不法行為責任の発生を否定するものであり、ある意味では当然のことを述べているにすぎないものである。権力分立への言及に批判的なニュアンスを含むものであるが、この点に着目するものとして、寺谷・同上。

(56) この点に着目するものとして、中村・前掲註(19)89頁、那須・前掲註(19)17頁、藤本・前掲註(19)337頁、寺谷・同上。

(57) 参照、寺谷・前掲註(19)126頁。

人種差別撤廃条約1条1項にいう人種差別行為に該当する旨が補充されるなどの変更を除いて、第一審判決の説示が維持されている<sup>(58)</sup>。条約適合的解釈の義務を認めた、第一審判決の画期的な点を否定したところは、先にも述べたように、この控訴審判決の特徴ということができようが、直接に適用されているのがあくまで民法709条であることが強調された上で、709条解釈のどの部分に条約が影響するかも明示され、理解しやすい判示となった点は、積極的に評価できるように思われる<sup>(59)</sup>。

#### ④ 性別変更者のゴルフクラブ入会拒否事件

最後に、最近の裁判例として、性同一性障害による性別変更を理由にゴルフクラブへの入会等を拒絶したことについて、憲法14条や自由権規約26条の間接適用によって、不法行為責任の発生を認めた、静岡地裁浜松支部判決<sup>(60)</sup>と、その控訴審判決<sup>(61)</sup>がある。第一審判決は、自由権規約26条を憲法14条1項と並んで、「不法行為上の違法性を検討するに当たっての基準の一つとなる」としており、オーソドックスな間接適用の類型と整理することができよう。ただし、自由権規約の具体的な解釈論が展開されることはなく、私法上の公序の導出も、性同一性障害者の性別の特例に関する法律や障害者差別解消法を直接的な手がかりとしており、具体的な事案の検討を行って、最後に、憲法14条1項及び自由権規約26条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容する限界を超えるものとして違法であると結論付けたに留まる<sup>(62)</sup>。その意味では、形式的には人権条約にも言及するものの、人権条約は事案の解決に実質的にはさほど意義を持たない、リップ・サービスであったということができ

(58) したがって、権力分立への言及の部分は控訴審判決においても残されている。

(59) 関連して、守谷・前掲註(9)127頁は、第一審判決の条約適合的解釈義務の導出の論理に不十分な点があったと言わざるを得ず、第一審判決の持つこのような難点を回避する意味を見出している。

(60) 静岡地裁浜松支判平成26年9月8日判時2243号67頁。

(61) 東京高判平成27年7月1日判例集未登載 LEX/DB 文献番号25540642。

(62) この点について、則武立樹「性自認に基づく差別」国際人権26号(2015年)119頁も参照。

るかもしれない<sup>(63)</sup>。なお、控訴審判決は、控訴を棄却し、原判決を維持しており、自由権規約の適用に関する部分について、実質的な変更は加えられていない。

### 1.2.1.3. まとめ

以上の検討の内容を簡潔に振り返っておくことにしよう。まず、国際人権法の間接適用の例と言われてきた先例の中には、近時に言う憲法適合的解釈、その中でも行政裁量統制型や法規定の明確化型の憲法適合的解釈に類似する、国際人権法を行政統制に用いる類型と、憲法の人権規定の私人間適用に対応する、人権条約の私人間適用の類型に大きく分類することができる<sup>(64)</sup>。ただし、いずれの場合も、一部の例外を除いて、国際人権条約が単独で参照されるのではなく、13条や14条といった規定を中心とした憲法規定と並列で援用されており、しかも、憲法規定との相互関係は必ずしも明確ではない。とりわけ、私人間適用類型の場合にはその傾向が強いのであるが、国際人権条約の規定内容の解釈論が詳しく展開されることもまた稀であることも相まって、結局、国際人権条約が事件の解決にどのような影響を与えているのか明確でないことが多く、悪く言えば、単なるリップ・サービスの域を出ないものも多々ある<sup>(65)</sup>。他方で、日本が当事国ではない条約や条約監視機関の意

(63) 文脈は異なるが、憲法解釈で十分であり、本事案において自由権規約を援用する意義はあまりなかったとする、君塚正臣「株主会員制のゴルフ会社及びその運営団体が性別変更を理由に入会及び株式譲渡承認を拒否したことについて憲法14条1項及び国際人権B規約26条の趣旨から公序良俗に反し違法であるとして損害賠償を認められるか(積極)」判例評論678号(2015年)147頁も参照。

(64) もっとも、いわゆる人権規定の私人間効力ないし私人間適用の問題は、結局合憲解釈の問題に解消されるという見解(君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年)258頁以下[初出、2001年])に従えば、この区別には大きな意味はないということもできよう。とは言え、規範の名宛人ないし方向性を考えることは重要であり(この点については、宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3 人権の射程』(法律文化社、2010年)38-39頁・46頁などを参照)、広く合憲解釈あるいは憲法適合的解釈という概念にまとめられるとしても、行政統制の場合と私人間の紛争解決の処理における考慮の場合とを分ける必要はあるように思われる。

(65) ただし、憲法の人権規定の私人間への「間接適用」の場合も、「人権規定の趣旨を及ぼす」ということの意義が不明確であり、実際どのように影響するのかブラック・ボックス

見・見解など、法的な拘束力を有しない文書についてまで参照を行って、詳細な検討を行っているものも、行政統制の類型では多く、「間接適用」の対象の問題も含めて興味深い題材を提供している。

### 1.2.2. 最高裁による違憲審査における国際人権法への言及

先に述べたように、我が国の裁判所一般にその傾向が強いが、わけても最高裁は、国際法の適用に消極的であると言われてきた。しかし、近年になって、国籍法違憲判決や非嫡出子相続分差別違憲決定といった重要判例が人権条約に明示的に言及し、とりわけ後者においては、条約実施監視機関の意見などにも触れたことが大きな注目を集めたこともすでに述べた通りである<sup>(66)</sup>。そこでは人権条約の間接適用がなされたという見方が大半であるが、ここでは、その実態について、改めて虚心坦懐に見直すとともに、家族関係を巡る違憲訴訟として、上記二つの判例のある種の延長線上にも位置付けることが可能な、平成27年12月16日の二つの最高裁判決についても検討し、国際人権法への言及というものが定着しているのかについて確認してみることにする。

#### 1.2.2.1. 国籍法違憲判決<sup>(67)</sup>

日本国民である父を持つ生後認知子について、準正によらなければ、届出による日本国籍の取得を認めていなかった、国籍法旧3条1項の規定の憲法

---

スであることは否定できず、人権条約の私人間適用に特有の問題ではない。

(66) 前掲註(22)及び対応する本文を参照。もっとも、個別意見のレベルでは、非嫡子の相続分差別に関する平成7年合憲決定（最大決平成7年7月5日民集49巻7号1789頁）の中島敏次郎裁判官他の反対意見において、自由権規約26条と児童の権利条約2条1項の規定が引用されている。なお、下級審においては、夙に、同問題について違憲判断を示した、東京高決平成5年6月23日高民集46巻2号43頁が、憲法14条1項への適合性を判断するにあたり、自由権規約24条1項と当時未批准の児童の権利条約2条1項を援用している。加えて、平成7年合憲決定以降、後述の平成25年違憲決定までの間の小法廷決定における反対意見や補足意見などにおいて、条約監視機関の意見・見解も含めて、国際人権条約への言及が多くなされてきたことについて、山元一「ジェンダー領域における国際人権法と国内裁判」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法3 国際人権法の国内的実施』（信山社、2011年）387頁を参照。

(67) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。

14条への適合性が争われた事案である。最高裁は、生後認知子に届出による国籍取得を認めるにあたり、その子と我が国社会との密接な結びつきを求める立法目的自体には合理的な根拠があるとした上で、立法当時の状況下においては、父母の法律上の婚姻により我が国との密接な結びつきの存在を示すものと見ることに相当な理由があったとして、合理的関連性が存在したことを認めた。しかし、その後の社会的な状況等が変化し、父母の法律上の婚姻によって初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結びつきが認められるとすることは、家族生活の実態に適合するものではないとした。それに加えて、最高裁は、諸外国においては、非嫡出子に対する差別的取扱いを解消する方向にあることと共に、「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」ことに言及し、諸外国における、国籍法3条1項制定後の同様の規定の改正にも触れて、このような「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会環境等の変化に照らしてみると、」準正を国籍付与要件とすることについて、立法目的との合理的関連性を見出すことがもはや難しいとしたのである。こうして、差別的取扱いの著しさといったものにも言及した上で、国籍法旧3条1項の規定を憲法14条1項に違反するものであるとしたのである。

ここに紹介したうち、「我が国が批准した市民的及び政治的権利に関する国際規約及び児童の権利に関する条約にも、児童が出生によっていかなる差別も受けないとする趣旨の規定が存する」という部分が、多くの論者によって国際人権法の「間接適用」ないし「条約適合的解釈」がなされたものと考えられているのである<sup>(68)</sup>。しかし、判決における言及というのは、名前を出している自由権規約や児童の権利条約の関連条項の具体的内容はおろか、条文番号すら指摘しないものであり、言葉の定義次第とはいうものの、「間接適

(68) 例えば、主要なものとして、岩沢・前掲註(9)122頁、酒井ほか・前掲註(7)405頁などを上げることができる。

用」ないし、「条約適合的解釈」と呼ぶには甚だ心許無いものである<sup>(69)</sup>。むしろ、この言及は、国内外の社会状況の変化の一環<sup>(70)</sup>として言及されているものと見るべきであって、一種の立法事実の摘示と見る方が適切であるように思われる<sup>(71)</sup>。また、先に1.2.1.で見てきた諸判決との対比で言えば、憲法規定を介して法律以下の法令の解釈に影響を与えていたものもないわけではないので、微妙なところではあるが、法律の適用において参照されるのではなく、憲法14条1項の解釈をめぐって言及がされているという点に特徴があると指摘できよう。

### 1.2.2.2. 非嫡出子相続分差別違憲決定<sup>(72)</sup>

今更紹介するまでもないほどのものであるが、民法旧900条4号但書において、非嫡出子の法定相続分が嫡出子のその半分とされていたことの憲法14条1項への適合性が争われたものである。最高裁は、①昭和22年民法改正以

(69) ただし、先に1.2.1.でみた下級審裁判例における「間接適用」の場合も、条文の規範内容について十分言及・検討しないものも少なからずあったのであり、その意味では、このような特徴を以って、本判決を「間接適用」と区別するのは問題がないわけではなからう。

なお、泉徳治裁判官の補足意見は、国籍法旧3条1項が違憲であることの帰結・救済手段として、原告に日本国籍を付与することを自由権規約24条3項や児童の権利条約7条1項の趣旨にも適合すると述べているし、調査官解説（森英明「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成20年度）（法曹会，2011年）293頁）は自由権規約委員会と児童の権利委員会の懸念にも言及する。以上の点について、齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社，2012年）94・96頁も合わせて参照。

(70) もっとも、児童の権利条約はともかく、自由権規約は、1966年に採択され、1984年の国籍法3条1項制定に先んじて、我が国についても署名（1978年）、批准、公布、発効（以上について1979年）がなされている。

また、条約への言及以外のものを含む、状況の変更論の批判的検討については、拙稿「国籍法違憲判決」法学論叢168巻1号（2010年）113頁以下及びそこに引用した諸論稿を参照。さらに、（国際法ではないが、）外国法の参照について主題化したものとして、山本龍彦「憲法訴訟における外国法参照の作法」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』（尚学社，2013年）333頁以下も参照。

(71) 国籍法違憲判決について、調査官解説（森英明「判解」法曹時報62巻7号（2010年）1987-1988頁〔「最高裁判所判例解説民事篇平成20年度」（法曹会，2011年）296-297頁に再掲〕）を引きつつ、拙稿・同上123頁註42で同趣旨の見解を述べた。さらに、穴戸常寿「イントロダクション」法律時報87巻8号（2015年）74頁も同様の指摘をしている。

(72) 最大決平成25年9月4日民集67巻6号1320頁。



来の婚姻・家族形態に関する国民意識の多様化, ②本件規定の立法に影響を与えた諸外国の立法に大きな変化が生じていること, ③自由権規約・児童の権利条約の我が国の批准と関連条約監視機関からの懸念の表明, 法改正の勧告等が繰り返されてきたこと, ④上記②・③を受けた他の日本法における法改正, ⑤法定相続分差別への問題意識の比較的古くからの存在, ⑥最高裁自体における当該規定を違憲とする少数意見の拡大といった, 多数の事情を総合的に<sup>(73)</sup>考慮し, 平成7年には同一の規定を合憲とする判断を示していたにもかかわらず, 遅くとも平成13年7月当時において<sup>(74)</sup>, 当該規定は憲法14条1項に違反しているとしたのである。

上記②の部分が, 主に本稿に関連する部分であるが, ここでも, 具体的な条約の条文を指摘したり, 規範内容について言及したりといったことをしていない。しかし, 国籍法違憲判決よりも一歩踏み込んで, 条約監視機関の意見・見解に言及した点が注目される<sup>(75)</sup>。ただし, 前述の通り, 多様な考慮要素の一つとされ, しかもそれが総合考慮される<sup>(76)</sup>というのであるから, 規定

(73) 法廷意見は, どれか一つだけで違憲性を基礎付けるものではないという。

(74) この時期設定をめぐる問題については, 高井裕之「嫡出性の有無による法定相続分差別」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ(第6版)』(有斐閣, 2013年)63頁や, 本山敦「婚外子相続分差別違憲決定」金融・商事判例1430号(2013年)10頁。

(75) ただし, 平成12年6月時点での合憲判断を維持しつつ, 平成13年7月時点における違憲性を基礎付けるので, この間の事情の変化としては, 厳格な意味では条約の批准は排除されることになろうし, この間に出された条約監視機関の意見・見解も限定されよう。条約監視機関からの意見・見解の時期については, 二宮周平「婚外子相続分差別を違憲とした最高裁大法廷決定に学ぶ」戸籍703号(2013年)8頁などを参照。

(76) 関連して, 目的・手段審査という形を採用していない点について議論があるが, ここでは立ち入らない。この点については, 担当調査官による, 伊藤正晴「最高裁大法廷時の判例」ジュリスト1460号(2014年)90頁及び同「判解」法曹時報68巻1号(2016年)306頁, 蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法学教室397号(2013年)105頁以下, 高橋和之ほか「座談会 非嫡出子相続分違憲最高裁大法廷決定の多角的検討」法の支配175号(2014年)13頁〔榊原富士子発言〕などを参照。なお, 後掲の平成27年再婚禁止期間違憲判決の桜井龍子裁判官ほかの補足意見では, 平成25年決定が総合考慮の手法をとったことについて, 平成7年決定における基本的な審査枠組の提示を前提として, 個別の事情の変化の提示につとめたものであるとする理解が示されている。

また, 本件決定において実際に行われた総合考慮についても, 学説上評価は高くない。この点については, 飯田稔「非嫡出子相続分差別規定違憲決定」亜細亜法学49巻1号(2014年)68頁とそこに引用される諸論稿を参照。

の規範内容や条約監視機関の意見・見解の具体的内容に立ち入っていないという点も手伝って、国際人権法が結論にどう影響しているかは不明瞭であるといわざるを得ない<sup>(77)</sup>。この意味でも、他の総合考慮事項との対比からも、本件における国際人権法の引用も、あくまで立法事実としての参照と見た法が妥当なのではないかと思われる<sup>(78)</sup>。

### 1.2.2.3. 再婚禁止期間違憲判決（①判決）<sup>(79)</sup>・夫婦同姓違憲訴訟判決（②判決）<sup>(80)</sup>

どちらの判決も、憲法14条に限定されない憲法条項が争点となっている判決であり、これまでに見た二つの判決と単純に連続させることは困難であるが、社会状況の変化などについても考慮した、家族関係の平等問題を争点とする判決である。そこで、①・②のこの二つの判決において、国際人権法がどのように扱われているかは、最高裁における国際人権法参照の定着度を見る格好の素材を提供してくれるといえよう。

少なくとも、原告団によって上告理由書や上告受理申立書等が公開されている<sup>(81)</sup>、②判決においては、女子差別撤廃条約の問題が当事者から提示されているにも拘わらず、結論から言ってしまうと、①・②のいずれの判決にお

(77) 同趣旨を述べるものとして参照、山崎友也「民法が定める非嫡出子相続分差別性を違憲とした最大決平成25年9月4日について」金沢法学56巻2号（2014年）181頁。他方で、本件違憲判断にとって、国際的な事情の変化が決定的であった（「一番後押しした」とするものとして、泉徳治「婚外子相続分差別規定の違憲決定と『個人の尊厳』」世界849号（2013年）232-233頁。

なお、条約監視機関からの意見表明を受けた我が国の対応にも言及しており、単に条約機関の指摘があったというだけではなく、我が国における受容も考慮にあって一つのポイントとなっている可能性も否定できない。

(78) なんとといっても、「重要と思われる事実（圈点、本稿筆者）」の「変遷」の一つとして検討されている。さらに、参照、蟻川恒正「婚外子相続分最高裁違憲決定を書く(2)」法学教室400号（2014年）133頁及び、山崎・同上185-186頁。これらの見立てに対して批判的なものとして、さらに参照、山元・前掲註2275-76頁。

(79) 最大判平成27年12月16日裁判所ウェブサイト。

(80) 最大判平成27年12月16日裁判所ウェブサイト。

(81) 別姓訴訟を支える会ウェブサイト（<http://www.asahi-net.or.jp/~dv3m-ymsk/saibannews.html>）より入手可能。なお、本稿におけるインターネット掲載情報の最終確認日は、2016年2月12日である。

いても、法廷意見においては、国際人権法についての言及はない<sup>(82)</sup>。もっとも、①判決においては、その法廷意見が、ドイツ・フランスの2カ国における具体的立法例が挙げられるとともに、一般論として諸外国における変化が指摘されており、外国法への言及・参照は行われている。

他方、いずれの判決においても、規定を違憲とし、国家賠償責任も認めるべきとの立場を採った山浦善樹裁判官の反対意見は、国際人権法について言及を行っている。すなわち、まず、①判決においては、自由権規約委員会及び女子差別撤廃委員会といった条約監視機関からの条約違反の指摘の存在、再婚禁止規定廃止の要請・勧告が繰り返しなされてきたことが指摘されており、「再婚禁止期間の制度が憲法24条2項に規定する夫婦及び家族に関する男女平等の理念に反していることとなる社会状況の変化を示す重要な事実」の一つとしている。次に、②判決においても、外国法の状況への言及とともに女子差別撤廃委員会からの度重なる懸念の表明と規定の廃止要請の存在を指摘している。そして、この指摘も一つの要素として、国会にとって、憲法違反が明白になっていたことを基礎付け、国家賠償請求の認容という結論に結びつけるのである。山浦裁判官の言及・参照手法は、基本的に非嫡出子相続分違憲決定のそれを踏襲したものであると評価できよう。

以上のような、最高裁の処理をどう見るかであるが、もちろん、事案が異なるということや当事者の争い方の問題もあろうが、同じように人権条約の条約監視機関からの否定的な意見の提示を受けている場合でも、違憲判断を行う場合にはそれに言及し、合憲判断をする場合などには言及を行わないというのは、ご都合主義的なつまみ食いの印象を拭えないところがある。

#### 1.2.2.4. まとめ

以上の検討内容を簡潔に振り返っておくことにしよう。人権条約を巡る主張に冷淡であるとされてきた最高裁が、法令違憲の判断を下した最重要な判

<sup>(82)</sup> ②判決では、女子差別撤廃条約に関連する憲法98条2項違反の主張について、その実質は単なる法令違反をいうものであるとして、上告理由への該当性を否定している。

例において2件立て続けに人権条約に言及し、その一つでは、条約監視機関の意見・見解にまで言及したというのは確かに特筆すべきことである。しかし、最高裁の判断を細かく検討すると、その言及ないし参照の内容というものは、国籍法違憲判決においては、条文番号をあげることもなく、児童の平等に関する規定が存在することを指摘しただけである。また、非嫡出子相続分違憲決定においても、具体的な条文解釈には踏み込んでおらず、参照の密度はいずれにしても高いものとは到底言えない。加えて、国籍法違憲判決にしても、非嫡出子相続分違憲決定にしても、人権条約が参照されたのは、立法当初から違憲性の瑕疵を帯びたことをさげ、社会状況や国民の意識といった「事実」が変遷したことで違憲となったことを論証する上で、その「事実」の一つとして参照されたというのが正確なようである<sup>(83)</sup>。この点については、のちにやや詳しく検討することにしたいが、「適用」という言葉を当てないほうが妥当ではないかと言えそうであるし、1.2.1. で見たような憲法適合的解釈に準ずる条約適合的解釈とでも呼びうる類型とも区別することが必要ではないかという印象を受ける。

さらに、同じく条約監視機関から意見・見解が示されていた事件であっても、最新の再婚禁止期間違憲判決においては、法廷意見において条約監視機関の意見・見解はおろか、人権条約についての言及もなされていない。合憲判断を下した夫婦同姓規定の違憲訴訟の判決では、条約に関する上告理由を実質的な法令違反の主張として退ける、従来の人権条約に対する「冷淡さ」への先祖返りともいえる論法を採用している。こうしてみると、上記のように、なおその意義に不明瞭なところの残る参照や言及にあっても、なお最高裁において定着したかすら疑わしいというのが、慎重に過ぎるとの誹りも受けうるところだが、現状認識としては正しいのではないだろうか。

(83) ただし、立法事実としての参照に重要な意義を見出そうとするものとして、作花知志「国内裁判所における人権条約と個人情報制度」国際人権23号（2012年）57頁参照。

### 1.2.3. 小 括

ここまでやや立ち入って、下級審・最高裁双方の国際法の「間接適用」ないし「国際法適合的解釈」の例とされる、裁判例について紹介・検討してきた。

この紹介・検討を通じて、まずは、憲法解釈にあたって国際法が参照される場合と、直接適用されるのは法律以下の国内法であり、その際に、国際法が考慮される場合の、大きく二つの種類に分類できることが確認された。そして、後者の場合には、国家行為の統制が法律を通じて行われる場合に、国際法が用いられる場合と、私人間の紛争についてあくまで民法をはじめとする私法による処理が行われるところ、国際法規定の趣旨が及ぼされる、「私人間適用型」のものがあることも指摘した。また、いずれについても、裁判例によって、国際法の参照の密度はまちまちなところがあり、「間接適用」ないし「国際法適合的解釈」の内実にはなお不明確なところが多いことも確認された。以上のような点は、間接適用ないし国際法適合的解釈の概念定義を細かく行う必要性を感じさせるものである。

また、従来間接適用ないし国際法適合的解釈の例とされてきた、上記の裁判例はいずれも国際人権条約が問題となっているものであり、国内における適用が問題とされる国際法の領域がなお限定的であるということではできるかもしれないが、素朴な疑問として国際人権条約以外の間接適用ないし国際法適合的解釈について論じる余地はないのかという問いが思い浮かぶ。

次節では、以上のような点に留意しつつ、国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈についての、我が国における議論状況を確認し、その到達点と問題点を明らかにし、アメリカ法との比較法的検討における問題意識の形成の一助とすることとしたい。

### 1.3. 学説と検討

国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈という概念自体は、先に述べたように教科書レベルでもそれなりに定着してきているのであるが、包括的あるいは踏み込んだ研究は実は、決して多くはない。そして、裁判例の紹介・

検討を通じて雑多な問題が国際法の間接適用という言葉のもとに包含されている点を指摘したところであるが、学説も一般にはきちんと分類をすることなく、同一概念のもとに様々なものを扱っている<sup>(84)</sup>。

### 1.3.1. 憲法の国際法適合的解釈？

例えば、国際法の間接適用概念を初めて用いたとされる岩沢雄司は、確かに参照されるにあたっての「権威」が異なってくることは当然であるとするものの、間接適用を行う対象として、当該国家を法的に拘束する法規範に限定する必要はないという<sup>(85)</sup>。また、通説に従えば、条約や慣習国際法といった国際法規範が憲法より下位に位置付けられるが、法律よりは上位に位置付けられる<sup>(86)</sup>、国内法における序列関係に照らしたとき、本来区別して論じられるべき、憲法解釈における国際法の考慮・参照と法律解釈における国際法の考慮・参照が、間接適用ないし国際法適合的解釈の文脈において特段区別されずに論じられることも多々ある<sup>(87)</sup>。しかも、先の法的拘束力の有無の問題にも関連するが、憲法優位説に立てば、憲法解釈に下位法たる（国内法としての）国際法規範が参照・考慮されることはそれ自体その正当性を論じなければならないはずである<sup>(88)</sup>。

(84) そもそも裁判例が間接適用なり国際法適合的解釈という言葉を用いているわけではなく、学説が裁判例を整理する上で、間接適用ないし国際法適合的解釈の先例として整理しているのであるから、この対応関係は当然と言えば当然である。

(85) 岩沢・前掲註(9)117頁。ただし、自らの主張として規範的にそうあるべきであるとするのではなく、実際の参照のあり方を記述的に述べたものとも読みうることに注意する必要がある。

(86) 例えば、芦部・前掲註(5)13頁。

(87) 例えば、岩沢・同上116-117頁、酒井ほか・前掲註(7)405頁、申・前掲註(8)501頁以下などを参照。これに対して、詳細な類型論を展開し、細やかな検討の必要性を解きつつも、全てを包括するものとしての「間接適用」概念を維持し、法的拘束力を持たない文書の参照も積極的に、間接適用に含めようとするものとして寺谷・前掲註(13)を参照。この寺谷の議論に対する批判的な応答として、齊藤・前掲註(69)80頁註(28)も参照。ただし、寺谷も「間接適用」という用語法への批判に「好意的」であるともしている点（寺谷・同上206頁）に注意しておく必要があろう。

(88) 憲法学からこの点を強調するものとして、内野正幸「条約・法律・行政立法」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）426-430頁。



この最後の点については、本稿でもこれまで重ねて触れてきた<sup>(89)</sup>ように、近時、国籍法違憲判決や非嫡出子相続分差別違憲決定が人権条約に明示的に言及し、とりわけ後者においては、条約実施監視機関の意見などにも触れたことにも触発される形で、山元一が「トランスナショナル人権法源論」を展開していること<sup>(90)</sup>が注目される。とりわけ、「法源」という語の用い方に厳密さを欠くのではないかという点を中心として、鋭い批判が存在しているところであり<sup>(91)</sup>、筆者も基本的にこの批判を妥当なものと考えているのであるが、ここで若干の検討を加えておきたい。簡略化しすぎているきらいもあるが、端的に言えば、「トランスナショナル人権法源論<sup>(92)</sup>」とは、M. Moran や J. Waldron の議論に示唆を受けて展開されるもので、各国に共通する規範にある種の自然法を見出し、ある国家にとって、狭い意味での法的拘束力があるか否かということにとらわれず、人権法規範を、国境を越えて求めていこうとする議論である。しかし、人権概念が本来国境を抱えるものではないということは確かながら、実際には、その保障が少なくとも国家単位で行われる体制がなお維持されている。グローバル化に際して、憲法ないし国家が開かれた構造を持つことが重要になってきているとはいえ、どこが開かれるべきかという基本決定は国家に委ねられるべきである。さらに、ある外国法なり国際的規範なりが人権に関するというだけで、ある種の自然法の一部をなしているということが可能なのか、その認識・判断を行うのは誰なのかという問題が残る<sup>(93)</sup>ように思われる。その意味では、トランスナショナルな形で人権規範に目を向ける必要があるという出発点の提示にすぎないのであって、問題はまだここからなのではないだろうか。そう考えると、外来法の参

(89) 前掲註(22)及び対応する本文を参照。

(90) 山元・前掲註(22)76-78頁、山元一「憲法解釈における国際人権規範の役割」国際人権22号(2011年)37頁以下、山元一「グローバル化社会と人権法源論の展開」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法』(尚学社、2012年)349頁以下。

(91) 森肇志ほか「座談会 憲法学と国際法学との対話に向けて(後篇)」法律時報87巻10号(2015年)65-67頁。

(92) なお、その名称に現れている通り、これはあくまで人権法に限定された議論ではある。

(93) この点について、山本・前掲註(70)333頁以下も参照。

照なり、間接適用なりが問題となる場面においては、国内の裁判所限りでその受容を行って良いのかという、国内における権力分立の問題<sup>(94)</sup>が顕在化し、その意味では、すでに政治部門による受容の決定が存在するかという意味で、法的拘束力の有無は大きな指標として働きうるように思われるのである。そうすると、それ自体拘束力を持たない条約監視機関の意見・見解や我が国にとって拘束力のない国際法の考慮は、外国法の参照と基本的には同じように扱われるべき<sup>(95)</sup>であり、法的拘束力のある国際法規範が国内法の解釈にどのような影響を及ぼすかという問題の一環としての間接適用ないし国際法適合的解釈の問題とは切り離して論じるべき問題であるように思われる<sup>(96)</sup>。そして、国内的序列に関しての通説である、国際法に対する憲法優位説を前提にすれば、上位法の解釈にあたって下位法が拘束力を発揮することはあり

(94) 広い意味での「間接適用」の主体が、裁判所に限定されるものではなく、「間接適用」を考えるにあたり国内における権力分立にも留意する必要性を説くものとして、寺谷・前掲註(3)185頁・200-203頁がある。

(95) もっとも、法的拘束力のある国際法規範の解釈にあたって参照が許される、あるいは参照されなければならない題材かということが、ウィーン条約法条約31条・32条、ないしそれらに法典化されている慣習国際法に照らして別途論じられることがあり、我が国の裁判例においてもこの問題が扱われている。例えば、最高裁のレベルにおいて、既出の日星租税条約事件判決が、日星租税条約のモデルとなっている、OECD 租税モデル条約の OECD 作成のコメンタリーを参照しうかがうのが問題とし、これを肯定した。関連して、我が国が当事国である条約の条約監視機関の意見・見解であるが、その意見・見解にそもそも国際法上も法的拘束力はないという場合と、日本が当事国ではない条約およびその条約監視機関の意見・見解であり、日本にとって法的拘束力がない場合をわけるべきことを強調する見解として、齊藤正彰『国法体系における憲法と条約』（信山社、2002年）431-432頁がある。

なお、裁判例において、条約監視機関への国家報告における日本政府の発言等が言及された例があったが、これは、条約監視機関の意見・見解の効力の問題というよりは、条約解釈についての政府見解への敬譲の問題やその反面として、首尾一貫した態度を行政府に求めるものとして理解することができるのではないだろうか。

(96) 筆者は、これをさしあたり「参照」と呼べば良いと思っている。外国法・国際法の参照については、アメリカを中心に盛んに議論がなされており、それらを参考にして、狭い意味での国際法適合的解釈の問題とは別に考察すべき問題であらう。なお、この問題については、筆者も、S. Yamada, *International 'Dialogue' among Courts in Light of Democracy*, 45 KANGWON L. REV. 211, 220ff. (2015) で触れたことがあるが、邦語文献として、山本・前掲註(70)のほか、最新のものとして、手塚崇聡「国内裁判所における外国法・外国判例の参照」国際人権26号（2015年）78頁以下がある。さらなる文献については、手塚・同上83頁註(26)を参照。

得ないはず<sup>(97)</sup>であり、憲法の国際法適合的解釈と呼ばれる議論は、外国法の参照の問題にかぎりなく接近することとなる<sup>(98)</sup>。

この点に関連して、憲法解釈における国際法適合的解釈を正当化、さらには義務化する議論があり、それについても参照しておくことにしよう。このような議論を展開する代表的な論者が、齊藤正彰である。齊藤は、ドイツにおける国際法調和性の原則(*der Grundsatz der der Völkerrechtsfreundlichkeit*<sup>(99)</sup>)から示唆を受け、「日本国が締結した条約および確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と定める憲法98条2項によって、裁判所は憲法解釈にあたって国際人権条約を顧慮する義務を負っているというのである<sup>(100)</sup>。もっとも、憲法98条2項を根拠にするのならば、顧慮の対象がなぜ国際人権条約に限定されるのか明確ではない<sup>(101)</sup>。また、齊藤は憲法99条の憲法尊重擁護義務も引き合いに出して、憲法の規定に矛盾するのではない限りにおいての顧慮を求める<sup>(102)</sup>のであるが、このような限定は妥当である反面、誰がどのように判断するのかという問題も含む広い意味での範囲画定の問題が付随的に生じることになる。

以上のような問題に一定の解答を与えうるのが、佐藤幸治の議論であり、齊藤ものにこれを援用している<sup>(103)</sup>。佐藤は、憲法98条2項に加えて憲法11条を援用することによって、すなわち、憲法11条が「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」と規定していることに鑑みて、未来に開かれた課題である基本的人権の保障を、国際人権条約をも通じて補充することが

(97) 棟居快行「第三者効力論の新展開」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法Ⅰ国際人権法と憲法』(信山社、2006年)262頁〔初出、2003年〕を参照。

(98) 参照、内野・前掲註88427-428頁。

(99) 訳語の問題については、齊藤・前掲註95350頁註86を参照。なお、ここでは、齊藤の訳語を尊重しているが、拙稿・前掲註(3)455頁では、国際法友好性の訳語を当てている。

(100) 齊藤・同上402頁。

(101) 内野・同上429-430頁。なお、齊藤・同上436頁は、自身の主張は条約の性質によって、国際法上の位置付けが変わりうるというものであって、国際人権条約と二国間条約への対応とが、常に同一である必要はないというのであるが、この場合になぜ同一でないのか、なぜ国際人権条約のみが特別なのかについての説明はなされていなかった。

(102) 齊藤・同上402頁。

(103) 齊藤・前掲註69105-106頁。

司法の責務になるのだというのである<sup>(104)</sup>。他方で、「各人は自己の生の作者である」ということを内実とする「基幹的な人格的自律権」を根幹となす、「基本的人権」を保障しているのが日本国憲法であるとの立場に立つ<sup>(105)</sup>佐藤は、必ずしも人間を原則的に自律したものとは捉えていないとの指摘もある<sup>(106)</sup>国際人権法の参照にあたっては、慎重な検討を必要とすると考えているし、「事の順序」としては、まずは立法府による国際人権の受け入れ作業が行われるべきことも認めている<sup>(107)</sup>。なお、このような考え方を前提とするならば、二風谷ダム事件判決が自由権規約27条の規範内容を明らかにした上で、少数民族の権利を憲法13条によって保障される権利に該当するかを論じている点は、法律の適用について参照するにあたっては必ずしも要求されないはずではあるが、日本国憲法における基本的人権概念に合致する権利であることを確認したと解する余地があろう。

以上のような説明によって、かなりの程度、憲法解釈における国際人権法の顧慮の必要性については、理論的な基礎付けができているように思われる<sup>(108)</sup>。しかし、これは、通常の上位法に照らした解釈とは異なるものであり、論者自身「顧慮」の程度に限定を認めているのであり、やはり、「参照」

(104) 佐藤幸治「憲法秩序と国際人権」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法 I 国際人権法と憲法』(信山社, 2006年)39頁。他方、寺谷は、憲法98条2項の条文自体は曖昧で、憲法解釈における国際法適合的解釈の義務を導くには不十分であるとした(寺谷・前掲註(13)186-187頁)上で、国際法上の国際法遵守義務やそこから導かれる国際法上の「合致の推定」(すなわち、国際法に抵触しそうな国内法についてできるだけそうならないように解釈する原則)による、司法の責務の導出を論じる。この点については、寺谷・同上188-189頁を参照。

(105) 佐藤・前掲註(15)120-121頁。

(106) 佐藤は、L. Henkin の指摘 (L. ヘンキン (小川水尾訳・江橋崇監修)『人権の時代』(有信堂高文社, 1996年)137頁)を引用する。

(107) 佐藤・前掲註(10)38頁。それに続く形で、立法による対処が不十分である場合には、司法的救済が期待されることになるとし、先述の「司法の責務」論にいたるのである。関連して、「国際義務に最初に対応すべきなのは立法機関にほかならないが、最終的な法的解釈は司法機関が行う。条約適合的解釈義務はこの狭間にある」という、寺谷・前掲註(13)194頁も合わせて参照。

(108) この他、人権条約については日本国憲法の最高法規性の実質的基礎である人権保障と一致するものであり、憲法と等位にあり、優越関係は個別・具体的な検討に委ねられるとする、青柳幸一「憲法と条約」法学教室141号(1992年)47頁もある。

の場合との距離は大きくないのではないだろうか<sup>(109)</sup>。さらに、司法府に責務が生じうることがある程度論証されてはいても、立法府と司法府の権限の境界線がいかにかれるかも、必ずしも明らかではない。

### 1.3.2. 法律以下の国内法への間接適用ないし国際法適合的解釈

次に、下級審における国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈の裁判例を参照した際に、国家行為の統制として憲法適合的解釈に準ずる類型と、私人間の紛争解決に用いられる、私人間適用型の存在があることを指摘した。この点に関連する、棟居快行からの鋭い分析があるのでここで紹介しておくことにしよう。棟居の指摘のうち、ここで特に取り上げたいのは、規範の方向性の問題である。棟居によれば、私人間の問題ではなく、国家・市民間の問題であっても、憲法規定の私人間適用の問題と同様の規範の方向性のズレの問題が生じている<sup>(110)</sup>。すなわち、あくまで国際法に根拠を持つ国際人権は、国家が他国（場合によっては国際機関）に対して自国民の権利保護の義務を負うものであり<sup>(111)</sup>、厳密には市民がその規範の名宛人ではない。したがって、国家相互間の規範に込められた「価値」を抽出し、国家・市民間の権利に意味充填をする必要性が本来は生じているのである<sup>(112)</sup>。そして、私人間

(109) この点について、松本和彦「憲法上の権利と国際人権」国際人権22号(2011年)58頁を参照。

(110) 棟居・前掲註97263頁。

(111) 高橋和之「国際人権の論理と国内人権の論理」ジュリスト1244号(2003)75頁が、国際人権が私人間のものを含め国際人権を実現することを対外的に約束しているというのは、義務内容の認識が合致しているのかは微妙なところではあるが、国際法上の義務を負うのが「包括的な国家」であり、その実施機関等の割り振りは国内問題であるという言明も合わせて考えれば、私人間の適用も国際法上は他国に対して義務として負っているが、国際人権はそれを超えて、国内で私人が裁判所に私人間での保障請求ができるかという問題については何も述べるものではないという趣旨に理解することが可能で、棟居との相違はほとんどないといえよう。棟居快行「国内裁判所における国際人権の適用をめぐる」芹田健太郎ほか編『講座国際人権法3 国際人権法の国内的実施』(信山社、2011年)32頁以下も合わせて参照。

(112) もっとも、国際人権法、とりわけ自由権規定の場合、規定のあり方は個人に権利を保障するような形を取っているのが、市民の対国家の権利を導くことは一般的に行われているということができよう。また、これは、同値というではないが、自由権規約について自動執行性が基本的に認められているという現象とも重なる。

の紛争への「適用」となれば、憲法上の自己決定権の尊重の表れである私的自治の保護という問題にも配慮することが求められる、さらに困難な意味充填作業を必要とする作業であるということになる<sup>(113)</sup>。そして、棟居も、国際人権の国内における本来的な義務の担い手は立法府であるとし、「間接適用」の問題の核心は、立法不作為を裁判所がどこまで補充しても良いかということだという。国際人権法に関する限り、本来の規範の方向性が国家間のものに限定されるとするのには異論も大いにありうるところだろう<sup>(114)</sup>が、国際法上の権利・義務の本来的な性質を考えた場合には、正鵠を射た指摘であるといえよう。国際法適合的解釈型と私人間適用型を区別する必要性がここからも裏付けられるとともに、さらに大きな問題として、従来の見解には、規範の方向性という意識が必ずしも十分とは言えなかったところ<sup>(115)</sup>であり、間接適用ないし国際法適合的解釈の問題というのが、規範の方向性の問題と、議会・裁判所間を中心とする権力分立の問題の複合問題であることを、今後十分に意識していく必要があろう。

### 1.3.3. 「直接適用」と「間接適用」

ところで、厳密な意味で、規範の方向性の問題を捉えた場合には、国際法規範はある意味で全ては、本来の方向性とは異なる「間接適用」がなされているということになりかねない。もちろん、一定の場合に国際法規範が個人に権利義務の主体性を認めることはあり得るので、個人に人権を付与するような文言を持つ人権条約上の規定には「直接適用」を認める余地はあるだろう。さらに、国家機関を拘束する客観的法への変換は比較的容易であるので、国

<sup>(113)</sup> 棟居・前掲註97263頁以下。

<sup>(114)</sup> 例えば、大沼昭昭「人権の国内的保障と国際的保障」国際人権17号（2006年）58頁などを参照。

<sup>(115)</sup> 規範の方向性を真剣に考えると、国際法の国内法への受容によって国内的効力が生じるといっても、対他国の権利義務が国内法上客観法といえども成立しうるかどうかは疑問も生じうる。拙稿・前掲註(3)427頁註301などでも述べたように、国際法の受容のあり方についての、ドイツにおける変型理論と実施理論の争いはこの問題に関わるものであったと言わべきで、その意味では、ドイツの学説はこの問題に自覚的であったといえよう。この点に関して、棟居・前掲註11139頁以下も合わせて参照。



内法への受容の際にその変換がなされているのだと考えれば、国家行為の統制に国際法規範を用いる場合は、直接適用とすることができるかもしれない。しかし、この場合は、逆に、国内法への受容以上の措置なく行政庁ないし裁判所の判断の根拠として用いられるという、岩沢流の自動執行性ないし直接適用可能性の定義<sup>(116)</sup>からしても、「直接適用」なのであり、今まで「間接適用」と言われてきた領域の多くが直接適用の問題であったということになりかねない。以上の問題は、二風谷事件判決を、直接適用と見るか間接適用と見るかという問題<sup>(117)</sup>とも関連するわけであるが、「間接適用」という、直接適用と相互排他的な対概念を思わせる用語を用いることに問題があるのではないだろうか。国家行為の統制に用いられる場合というのは、憲法適合的解釈（の一類型）に準ずるものであるといい、国際法適合的解釈と呼ぶ可能性を示唆したところであるが、憲法適合的解釈の問題の際に、憲法の効果が直接か間接かという問題設定はされていない。この場合、むしろ直接の効果の発揮がなされていると考えられていると思われる。これに倣う意味でも、国家行為統制の国際法適合的解釈の類型は、直接適用の一種であり、間接適用という語を与えるべきではないのではないだろうか<sup>(117-1)</sup>。なお、私人間適用型の場合は、憲法規定の場合に倣ってなお間接適用と呼ぶことができるが、問題の焦点は、直接適用可能性の問題とは関係ないところにあるというべきで、国際法の私人間適用の問題と呼ぶか、私人間適用と憲法ないし国際法適合的解釈の問題が類似性を持つことからする<sup>(118)</sup>と、私法への国際法適合的解釈と呼ぶのが妥当ということになろう。

(116) 岩沢・前掲註(9)114頁。

(117) 前掲註(29)乃至(31)と対応する本文を参照。

(117-1) 中川丈久「総括コメント：行政法から見た自由権規約の国内実施」国際人権23号(2012年)68頁も参照。

(118) 規範の方向性の問題を考えると基本的には別問題と分けたほうが良いように思われるが、棟居の言うように、国際法規範全般が規範の方向性の問題を抱えていることからすると、とりわけ国際法適合的解釈と私人間適用の区別は相対化するとも言えよう。

### 1.3.4. 議論の対象領域

最後に、ここまでの検討を通じて感じられるのが、我が国における国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈の問題というのが、實際上条約の問題に限定されており、わけでも国際人権条約を念頭に置いた議論であるということである。例外的に寺谷は、慣習国際法の参照について言及している<sup>(119)</sup>し、人権分野以外への展開可能性についても示唆する<sup>(120)</sup>のであるが、とりわけ人権法という分野特有の磁場が、日本における議論の特徴を規定するとともに限界を設けていないか<sup>(121)</sup>、十分に認識しておく必要がある。

## 1.4. 中間総括

本章における検討内容を簡潔に振り返っておくことにしよう。本章では、我が国における国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈に関する裁判例を、それをめぐる学説を参照しつつ、分析を加えてきた。

そこでまず看取されたのは、これまで、間接適用や国際法適合的解釈という概念の下に多種多様な問題が押し込められてきたということであった。そして、本稿では、憲法解釈に当たって国際法を考慮するものについては、基本的に参照と呼んで、法的な拘束力を前提とした考慮とは別問題として切り分ける可能性を指摘した。なお、一定の場合には憲法解釈に当たっての国際法の考慮義務を引き出す可能性があることにも言及したが、考慮に当たっては、日本国憲法の基本的価値設定との整合性が問われるのであり、義務といってもかなり緩やかなものであり、我が国には拘束力を持たない条約等や外国法の参照とかなり近いものであることを指摘した。

次に指摘したのは、法律以下の下位法への国際法の間接適用ないし国際法適合的解釈の場合には、法規範の方向性というものに十分注意しなければならないということであった。そして、このような「方向性」の問題にも注意

(119) 寺谷・前掲註(13)173-174頁。

(120) 寺谷・同上206頁。

(121) 拙稿・前掲註(3)376頁では、自動執行性ないし直接適用可能性に関する文脈で同様の指摘をした。合わせて、寺谷・同上も参照。

すると、間接適用という用語が必ずしも適切なものとは言えず、広く国際法適合的解釈という概念の下に、国家行為統制型と私法への国際法適合的解釈という二類型を含ませるか、国際法適合的解釈と国際法の私人間適用という二つの問題に整理するべきであるという指摘も行った。

さらに、国際法適合的解釈や国際法の私人間適用の問題を考える際には、裁判所がそれを行うことの意義を、権力分立論の中で考える必要があることも確認した。また、最後には、我が国のこれまでの議論が国際人権条約を念頭に置くものに偏っていたとし、それが我が国における議論を特徴付けるとともに、制約付けているのではないかという懸念もある。

次章の内容を少し先取りすることにはなってしまうが、アメリカでは、外国法・国際法の参照とは切り離された形<sup>(122)</sup>で、国際法適合的解釈の問題を権

(122) この点、栢山茂樹「国内裁判所における人権条約の適用(4)」早稲田大学大学院法研論集 107号 (2003年) 314頁は、すぐ後に紹介する、米国における国際法適合的解釈についての Charming Betsy Canon が、憲法規定の国際法適合的解釈をも求める準則であるという。しかし、そこで引用されている文献は、そのような旨を論じるものではない。すなわち、R.G. Steinhardt, *The Role of International Law As a Canon of Domestic Statutory Construction*, 43 VAND. L. REV. 1103, 1181-1182 (1990) は、法的拘束力を欠く「ソフトロー」であっても参照がなされている旨が述べるものである。また、C.A. Bradley, *The Charming Betsy Canon and Separation of Powers*, 86 GEO. L.J. 479, 502-504 (1998) にしても、憲法規定の解釈に慣習国際法を参照するという主張が Charming Betsy Canon の適用方法の一種と言い得ることを示唆するものの、このような理解に Bradley 自身は距離を置いているし、そこで引用される見解というのも、J. Fitzpatrick, *The Relevance of Customary International Norms to the Death Penalty in the United States*, 25 GA. J. INT'L & COMP. L. 165, 179-180 (1995-96) を例外として、基本的には、Charming Betsy Canon を援用して慣習国際法を憲法解釈において参照すべきだと主張しているわけではない。また、Bradley は、合衆国最高裁は、慣習国際法の考慮・参照に当たって Charming Betsy Canon を明示的に援用していない旨指摘している。See, Bradley, *ibid.*, at 504 n.126. さらに、栢山が修正 8 条の解釈にあたり、Charming Betsy Canon を援用したとする、Cunard S. S. Co. v. Melon 判決における Sutherland 反対意見 (Cunard S. S. Co. v. Melon, 262 U.S. 100, 132-133 (Sutherland, J., dissenting, 1923)) については、これは修正 8 条ではなく、修正 18 条に関する事件であり、直接的には禁酒法の外国船への適用を否定するものである。その後の議論においても、憲法解釈に国際法を参照することの意義を説く文脈で Charming Betsy Canon に言及するものはあるものの、それはあくまで Charming Betsy Canon が本来は制定法 (statute) 解釈の問題に関するものであり、憲法解釈の問題とは別であるということを前提としている。たとえば、「憲法的 (constitutional) Charming Betsy」という語を用いて、「本来」の Charming Betsy との区別を示唆する、R.P. Alford, *Foreign Relations as a Matter of Interpretation*, 67 OHIO ST. L.J. 1339, 1342-1343 (2006) などを参照。

力分立論からのアプローチで論じる議論が多く見られるとともに、議論は人権法に限定されない広がりを見せている。もちろん、彼我の間にある様々な制度の差異などに十分留意する必要性はあるが、ここまで見てきた日本における実務や議論の状況を踏まえた上で、早速、アメリカにおける国際法適合的解釈をめぐる議論状況について学んでいくことにしよう。

## 2. アメリカにおける議論

前章では、我が国における間接適用ないし国際法適合的解釈をめぐる従来の議論を鳥瞰した。そこでは、間接適用という用語が必ずしも妥当ではないこと、上位法たる憲法の解釈における国際法の参照は、国際法適合的解釈とは別の問題として考察すべきことを論じた。以下では、ここで概念整理した意味での狭義の国際法適合的解釈に該当するアメリカ法上の概念、Charminig Betsy Canon について紹介し、若干の検討を加えていくことにしたい。

### 2.1. 沿革

#### 2.1.1. Murray v. Charming Betsy 事件判決

Charming Betsy Canon の名前の由来となったのが、1804年の合衆国最高裁の Murray v. Charming Betsy 判決<sup>(123)</sup>である。ここでは、まず、この Charminig Betsy 判決について紹介することにしよう。

事件の概要から説明すると、もともと合衆国領内に居住する合衆国市民によって所有されていた、スクーナー帆船 Jane 号は、1800年4月以降にデンマーク領 St. Thomas 島に居住する Jared Shattuck に売却され、名称も Charming Betsy 号と改められた。Charming Betsy 号は、航行中フランスの私掠船に拿捕され、捕奪物としてフランスの属領 Guadeloupe へと曳航中、Murray 船長率いる米国軍艦の一团に再拿捕された。ところで、フランス革

<sup>(123)</sup> Murray v. Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804).

命戦争が勃発していた当時、革命フランスとアメリカは宣戦なき準戦争状態にあった。そのような状況の中で、連邦議会は、対仏通商停止法 (An Act further to suspend the commercial intercourse between the United States and France, and the dependencies thereof) を1800年2月に成立させており、そこでは、すべての合衆国に居住する者あるいは合衆国市民によるフランスおよびその属領との一切の通商行為が禁止されていた。Murray 船長は、積荷を売却した上で、Charming Betsy 号をフィラデルフィアまで曳航し、この対仏通商停止法違反の廉で裁判手続を開始した。しかし、Jared Shattuck は独立前のアメリカ植民地に生まれたが、両親とともに幼少期に St. Thomas 島に移住しており、おそくとも、1789年あるいは1790年ごろからは同島に居住していたことが証明されていた。そして、1797年にはデンマーク王に対する忠誠を宣誓していたのであった。そのため、デンマーク領事は、船舶も積荷もデンマーク臣民のものであると主張した。フィラデルフィア地方裁判所は、Charming Betsy 号の押収を違法とし、船舶の保存と貨物の賠償を命じた。これに対して不服が申し立てられ、巡回裁判所によって原命令が支持されたものの、当事者双方の上告により合衆国最高裁に係属したものである<sup>(124)</sup>。

Marshall 首席判事が執筆した法廷意見 (全会一致) は、まず、対仏通商停止法によって、Charming Betsy 号の没収を基礎付けられるかを検討した。そして、その冒頭、Marshall 判事は、明示的な文言で、あるいは、黙示のものであってもよいが、その場合十分に明白かつ不可避なものとして、禁止の意図が示されていない限りは、営利目的の事業として、中立国民への売却を目的とした船舶の建造を禁止することはできないとした。それに加えて、連邦議会による立法は、他の何らか可能な解釈が可能である限り、諸国民の法<sup>(125)</sup> (law of nations) に違反するように解釈されてはならず、すなわち、この国

<sup>(124)</sup> *Charming Betsy*, 6 U.S. at 115–117.

<sup>(125)</sup> ローマ法の *jus gentium* に相当する概念であり、国家間の関係のみの規律を念頭に置く、国際公法としての国際法 (international law) とは概念に差があるところであるが、さしあたり、国際法と読み替える。Law of nations の意義については、例えば、H.H. KOH, *TRANSNATIONAL LITIGATION IN UNITED STATES COURTS* 26–27 (2008)などを参照。

において理解されているところの国際法によって許されているものを越えて、中立国民の権利を侵害したり、中立国民の通商に影響を与えたりすることは許されないと述べたのである<sup>(126)</sup>。

この後半部分が、のちに *Charming Betsy Canon* として引用されるもの<sup>(127)</sup>であり、本稿の主たる検討対象となる。しかし、この *Charming Betsy Canon* が本判決の具体的な事案の処理において、どのような意義を発揮したのかは、必ずしも明確ではない<sup>(128)</sup>。というのも、ここでは、抵触が問題となる国際法の内容が明確にされないまま<sup>(129)</sup>、拿捕時に *Charming Betsy* 号の所有者が合衆国市民でもなければ合衆国の保護下にもなかったことと認定し、対仏通商停止法への違反を否定したのであった。確かに、中立国民の権利保障が問題となっていることが、先に引用した部分において示唆されているのであるが、中立法の具体的内容は論じられていない。拿捕当時に、合衆国市民や合衆国に居住する者の所有に属することが要求されるとしている点は、ある意味では、通常の解釈手法によって導かれるものである。さらに、本件で決定的なのは、Jared Shattuck のデンマークへの帰化の認定である<sup>(130)</sup>。これは国籍法の解釈問題であると言えるし、国籍の決定は国際的な事項だということは可能であり、国際公法と国際私法が必ずしも明瞭に分離されていなかった当時の *law of nations* の意義<sup>(131)</sup>に照らしてみれば、国籍に関する法はこれに包含されるということは言えるかもしれないが、この点は明確にされている

(126) *Charming Betsy*, 6 U.S. at 118.

(127) なお、学説において指摘されることも多くなく、本判決でも引用されていないが、フランスに拿捕された中立国ハンブルク籍船舶の再拿捕に関する救済費用の負担が問題となった、本判決に3年先立つ、*Talbot v. Seeman* 判決において、すでに、「もし回避可能であれば、合衆国の法は、各国に共通な原理や用法、あるいは、各国法における一般の法理を破るように解釈されてはならない」と述べ、救済費用を船舶の所有者に負担させないのが、国際法に照らして一般的であると判示していた。*See, Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1, 43 (1801).

(128) *See also*, C.A. BRADLEY, *INTERNATIONAL LAW IN THE U.S. LEGAL SYSTEM* 16 (2nd ed., 2015).

(129) これに比して、*Tablot* 判決の方が、前掲註(127)でも触れたように、救済費用負担の一般的なあり方に触れており、国際法の内容への言及がなされているといえることができる。

(130) 以上について、*Charming Betsy*, 6 U.S. at 118–121を参照。

(131) *See, e.g., KOH, supra* note 125, at 27.



わけではなく、国籍法への違反が問われているわけでもなければ、中立法が関係していないことは言うまでもない。

なお、法廷意見では明示されていないが、このような国際法への違反を極力回避しようとする判示の背景には、制定法は common law を排除することができるが、common law への抵触を認め、common law の排除を行うことは極力排除すべきであるとの、イギリス法以来の解釈原則があるのではないかと指摘されている<sup>(132)</sup>。

### 2.1.2. Charming Betsy Canon の受容と定着

前節で見たように、Charming Betsy 判決自体は、その起源や正当性についてほとんど述べるところがなく、事案の解決にとって、国際法がどのように影響するのかも必ずしも明らかではなかった。これが逆説的に思い通りの理解を可能として、却って論者の支持を得やすかったのではないかと指摘する者もある<sup>(133)</sup>くらいであるが、今日、この法理自体は広く受け入れられている。

もっとも、長きに亘って本格的に援用されることはなく<sup>(134)</sup>、1950年代になってようやく本格的に援用されだしたのだと指摘される<sup>(135)</sup>。この「本格的援用」の皮切りとなったとされるのが、1953年の *Lauritzen v. Larsen* 事件判決<sup>(136)</sup>や1957年の *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S. A.* 事件判決<sup>(137)</sup>である。前者は、デンマーク人船員とデンマーク人船主との間の、ハバナ湾での船員の負傷に関する事件に米国の海事不法行為法 (Jones Act) が適用されるかが問

<sup>(132)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 488. 邦語文献では、酒井ほか・前掲註(7)405頁。

<sup>(133)</sup> See, Note, *The Charming Betsy Canon, Separation of Powers, and Customary International Law*, 121 HARV. L. REV. 1215, 1215 (2008).

<sup>(134)</sup> 19世紀における Charming Betsy 判決の引用のされ方については、F.C. Leiner, *The Charming Betsy and the Marshall Court*, 45 AM. J. LEGAL HIST. 1, 19 (2001)などを参照。そこでは、驚くべきことに、海事故の損害額算定の先例として引用されることもしばしばであったことなどが指摘されている。

<sup>(135)</sup> Alford, *supra* note 122, at 1352.

<sup>(136)</sup> *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953).

<sup>(137)</sup> *Benz v. Compania Naviera Hidalgo, S. A.*, 353 U.S. 138 (1957).

題となった事件であり、後者は、アメリカの領水内に停泊中のリベリア籍船舶内において、パナマ法人とドイツ人・イギリス人を中心とした外国人船員との間に生じた労働紛争に、米国の労使関係法（Labor Management Relations Act of 1947）の適用の可否が争われた事件である。これらはいずれも、米国国内法の域外適用が問題になった事案であり、前者では、*Charming Betsy* 判決における、「連邦議会による立法は、他の何らか可能な解釈が可能である限り、諸国民の法に違反するように解釈されてはならない」という説示を引用した上で、国際法上のルールとして、主権国家は、自身の領域外にある、他の主権国家の国民や権利を尊重する必要が有るとして、何らか他の解釈が可能である限りは、立法は米国の主権の及ぶ範囲を超えて外国人についてその行動に対して適用されるものと解釈されてはならないとしたのであった<sup>(138)</sup>。後者においては、*Charming Betsy* 事件判決は直接引用されていないのであるが、「国際関係という細心の注意を必要とする（delicate）問題に我々（合衆国最高裁）が介入するためには、連邦議会の積極的な介入の意図が明確に示されていなければならない<sup>(139)</sup>」としており、これは、*Charming Betsy Canon* を援用したものと理解されている<sup>(140)</sup>。さらに、*Benz* 判決の6年後に出された、*MuCulloch v. Sociedad Nacional* 事件判決も外国籍船舶の外国人船員の海事従事について労使関係法の適用を否定したが、ここでは、国際法上のルールとして旗国主義が船舶内部の問題については一般的に妥当していることを指摘した上で、*Charming Betsy* 判決の件の説示を引用し、最終的には、*Benz* 判決に従って、「国際関係という細心の注意を必要とする問題に我々が介入するためには、連邦議会の積極的な介入の意図が明確に示されていなければならない」と判示したのであった<sup>(141)</sup>。これによって、*Benz* 判決と *Charming Betsy* 判決が接合されたということもできよう。

以上のように、「本格的援用」が始まった当初の判決はいずれも、米国の法

(138) *Lauritzen*, 345 U.S. at 578.

(139) *Benz*, 353 U.S. at 147.

(140) See, e.g., Alford, *supra* note 122, at 1354.

(141) *MuCulloch v. Sociedad Nacional*, 372 U.S. 10, 21-22 (1963).

域外適用や海事法が問題となった事案であった。しかし、1980年代になると、Charming Betsy Canon が適用される領域は大きく拡大したのだと指摘されている<sup>(142)</sup>。この適用領域拡大の画期とされるのが、Weinberger v. Rossi 事件判決<sup>(143)</sup>である。この事件は、フィリピンの米軍基地において、フィリピンとの単独行政協定<sup>(144)</sup>（本件協定）に基づく、フィリピン人の優先的雇用が米国の労働差別禁止法に違反するかが争われた事件である。労働差別禁止法には、条約に特段の定めがある場合の適用除外が規定されていたのであるが、そこにいう「条約」が合衆国憲法2条にいう、すなわち、締結にあたり上院の3分の2以上の賛成による助言と承認を要する「条約」に限定されるのか、換言すれば、単独行政協定たる本件協定がここにいう「条約」から排除されるのが問題となった。Rehnquist 判事（首席判事就任前）執筆の法廷意見は、Charming Betsy 判決の件の説示を引用した上で、MuCulloch 判決も引いて、適用除外条項の「条約」を合衆国憲法2条上の条約に限定されると読むためには、合衆国の国際的義務を破る明確な意図が、なんらかの積極的表現によって示されていなければならないと判示した<sup>(145)</sup>。そして、連邦議会による立法過程を参照し、行政協定を締結する大統領権限を限定する意図はなかったと解されるなどとして、本件協定による適用除外を是認したのであった<sup>(146)</sup>。この Weinberger 判決は、労働法に関連する事案という意味では、MuCulloch 判決などとの連続性を認めることが可能である。しかし、これは、米国法の域外適用を否定するために Charming Betsy Canon が適用されたものではなく、実体的な<sup>(147)</sup>米国内国法の文言解釈に当たって、国際法規範を害することがないように援用されたものであり、従来の判決とはかなり趣を異に

(142) See, e.g., R. Crooto, *Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the Charming Betsy Canon*, 120 YALE L.J. 1784, 1794 (2011); Steinhardt, *supra* note 122, at 1152ff.

(143) Weinberger v. Rossi, 456 U.S. 25 (1982).

(144) 議会の関与なく、大統領限りで締結する国際合意のことをいう。拙稿・同上230頁を参照。

(145) Weinberger, 456 U.S. at 32.

(146) Weinberger, *ibid.*, at 33.

(147) その意味では、実体的な労働法分野への領域拡大を認めることができるわけである。See, Steinhardt, *supra* note 122, at 1154.

する。さらに、配慮した対象が単独行政協定であったという点は、配慮・参照の対象となる範囲の観点からも注目されるものである。

適用領域拡大という点では、最近の注目すべきさらなる展開としては、武力紛争法の参照である。アフガン戦争における武力行使等の授權を行った両院共同決議（AUMF）によってアメリカ市民の身柄拘束権限を基礎付けることが可能かどうか争われた、Hamdi v. Rumsfeld 事件判決において、O'Connor 判事執筆になる相対多数意見は、Charming Betsy Canon に言及していないのであるが、長期にわたって存在してきた戦争法上の原則に基づいて、拘束権限が認められないとしており<sup>(148)</sup>、これを実質的に Charming Betsy Canon の適用と見る見解<sup>(149)</sup>や、Charming Betsy Canon を援用することによってこの事件をうまく処理することが可能であることを説くもの<sup>(150)</sup>があり、注目される<sup>(151)</sup>。

Weinberger 判決については、単独行政協定が問題となったこともあり、議会と裁判所の関係のみならず、執行府ないし行政機関の権限についても考慮されている点を重視する見解もある<sup>(152)</sup>。確かに、適用領域が拡大し、下級審判決においては、経済法分野における Charming Betsy Canon の適用例が見られるようになった<sup>(153)</sup>が、そこでは、行政機関によって定立された規範と国際経済法の抵触問題が主題化することもしばしばであり、裁判例<sup>(154)</sup>におい

(148) Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 521-522 (O'Connor, J., plurality opinion, 2004). なお、ここでは、ジュネーブ第三条約（捕虜条約）やハーグ条約などの諸規定が適応され、戦闘状態が終了した場合には身柄拘束の権限がないことが、戦争法上の原則であるとしている。なお、同じく AUMF による授權の範囲が問題となった、Hamadan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557 (2006) [外国人敵性戦闘員のグアンタナモ刑務所収容が問題となった] では、法廷意見で、より直接的にジュネーブ条約共通3条違反を認定している。

(149) Alford, *supra* note 122, at 1367.

(150) I.B. Wuerth, *Authorizations for the Use of Force, International Law, and the Charming Betsy Canon*, 46 B.C.L. REV. 293, 330ff. (2005).

(151) 否定的な見解として、C.A. Bradley, *The Federal Judicial Power and the International Legal Order*, 2006 SUP. CT. REV. 59, 84-85 (2007).

(152) Alford, *supra* note 122, at 1355-1356.

(153) See, e.g., *Footwear Distributors and Retailers of America v. U.S.*, 852 F.Supp. 1078 (Ct. Int'l Trade 1994); *Warren Corporation v. E.P.A.*, 159 F.3d 616, 624 (D.C. Cir. 1998).

(154) See, e.g., *Footwear Distributors*, 852 F.Supp. at 1091. See also, *DeBartolo Corp. v.*

ても学説上も, Charming Betsy Canon と Chevron Doctrine<sup>(155)</sup>のいずれが優先するのかといった問題が盛んに論じられるに至っている<sup>(156)</sup>。

また, Lauritzen 判決では未だこの観点は十分に現れていないのであるが, Benz 判決以降, 判例が議会の意図に着目していることを指摘することができる。Steinhardt は, この点に着目して, 権力分立の観点が Charming Betsy Canon の性格付けにおいて意識されるようになってきたという<sup>(157)</sup>。そして, 彼は, この点を, 弱小新興国アメリカの商業的利益を確保すべく他国との紛争を回避せんがために国際法規範を重視した<sup>(158)</sup>, 19世紀初頭の元来の Charming Betsy Canon と, 1950年代以降の現代型 Charming Betsy Canon を分かつものであると指摘し, Weinberger 判決をその到達点に位置付けるのである<sup>(159)</sup>。この点に関連して, 違憲判断回避の先例として著名な, N.L.R.B. v. Catholic Bishop of Chicago 事件判決<sup>(160)</sup>において, 違憲判断回避法理の淵

---

Florida Gulf Coast Building & Construction Trades Council, 485 U.S. 568, 574-575 (1988)[Charming Betsy 判決に淵源を持つとされる, 違憲判断回避原則が Chevron Doctrine に優位しており, Footwear Distributors 判決が Charming Betsy Canon が Chevron Doctrine を破る根拠として引用する]. 他方, Chevron の Step 2 における行政機関の解釈の合理性を基礎付けるために, Charming Betsy Canon を援用し, WTO 法上のアンチダンピングの規律を考慮したものとして, Warren, 159 F.3d at 624がある。See also, K. Daugirdas, *International Delegations and Administrative Law*, 66 Md. L. REV. 707, 748-749 (2007). さらに, 学説や先例については, 2.2.2. で詳述する。

(155) Chevron v. N.R.D.C., 467 U.S. 837 (1984) において示された, 行政立法の司法審査に関する判断枠組である。行政立法の根拠となっている制定法に曖昧さがあるかを判断 (Step 1) し, ①曖昧でない場合には, 行政立法がその範囲内に収まっているものを裁判所が判断するが, ②曖昧である場合, 解釈権限が第一次的には行政機関に与えられているものと解して, 裁判所は, 行政立法に示された行政による制定法解釈が合理的なものかどうかを判断するに止める (Step 2) という。詳細については, R.J. PIERCE, JR., 1 ADMINISTRATIVE LAW TREATISE § 3 (5th ed. 2010)などを参照。合わせて, Administrative Law Review の Chevron 判決の30周年特集として, *Chevron v. NRDC: A Thirtieth Anniversary Commemoration*, 66 ADMIN. L. REV. 235 (2014)もある。最新の邦語文献として, 渕圭吾「Chevron Step Zero とはなにか」学習院法学会雑誌50巻1号 (2014年) 173頁以下がある。他の邦語文献については, 渕・同上174頁註3を参照。

(156) この問題については, 本稿においても後述する (2.2.2.)。

(157) Steinhardt, *supra* note 122, at 1354-1355.

(158) See also, Leiner, *supra* note 134, at 17-18.

(159) See, Steinhardt, *supra* note 122, at 1352 & 1355-1357.

(160) N.L.R.B. v. Catholic Bishop of Chicago, 440 U.S. 490, 500 (1979). この事件は, 教会系学校における労働紛争が連邦労働関係局 (N.L.R.B.) による労使紛争処理の管轄に属するか

源として *Charming Betsy* 判決をあげる<sup>(161)</sup>とともに、*MuCulloch* 判決も権力分立に関する先例として引用されている。このことは、*Charming Betsy Canon* の広い受容を裏付けるものであるとともに、判例における *Charming Betsy Canon* の性格理解を窺わせるものであるといえよう。

*Charming Betsy Canon* の受容ないし定着の表れとしては、アメリカ法律協会編集の対外関係法リステイトメントにもこの Canon への言及が見られることが指摘できる。もっとも、*Charming Betsy* 判決の文言そのままに再録されているのではなく、また、1965年刊行の第2版と1987年刊行の第3版でも表現が異なっている。すなわち、第2版においては、「合衆国の国内法が、国際法 (international law) に合致するようにも、国際法と抵触するようにも解釈可能な場合には、合衆国の裁判所は国際法と合致するように解釈することになる」という表現が用いられていた<sup>(162)</sup>のに対し、第3版では「十分に可能な場合には (where fairly possible)、合衆国の制定法は国際法 (international law) あるいは合衆国の国際協定に抵触しないように解釈されるべきである」というものになっている<sup>(163)</sup>のである。ここでは、いずれの場合も、判決の原文の「諸国民の法 (law of nations)」が「国際法 (international law)」に置き換えられているほか、判決における「他の何らか可能な解釈が

が問題となったものであり、合衆国最高裁は、管轄を認めることが修正1条で認められた信教の自由を害する疑いを生じさせるため、連邦議会の意図として教会系学校における紛争にも管轄を認めることが明確になっていることを要するとした。なお、管見の限りに於いて、合衆国最高裁において、違憲判断回避の解釈原則 (the doctrine of constitutional doubt という用語を与えるものとして、*Almendarez-Torres v. U.S.*, 523 U.S. 224, 237(1998)) について述べた最も古い判決は、「No court ought, unless the terms of an act rendered it unavoidable, to give a construction to it which should involve a violation, however unintentional, of the constitution.」とした、*Parsons v. Bedford*, 28 U.S. 433, 448-449 (1830) である。ただし、そこでは上記の引用のように解釈すべき根拠は述べられておらず、*Charming Betsy* 判決も引用されていない。

(160) 同趣旨の指摘をするものとして、例えば、*DeBartolo*, 485 U.S. at 575がある。なお、Note, *supra* note 133, at 1216は、この判決が *Charming Betsy Canon* を 'beyond debate' としたというが、これはむしろ、違憲判断回避の法理についての言及であると思われる。

(162) *RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES* 9 § 3. (3) (1965).

(163) *RESTATEMENT OF THE LAW (THIRD) FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES* 62 § 114. (Student ed., 1991).



可能である限り (if any other possible construction remains)」という限定が、第3版では、「十分に可能な場合には (where fairly possible)」に置き換えられている。

順序が前後するが、まず、第3版における表現については、第2版の場合よりも、判決の表現により近いものになったものではあるものの、他の解釈が可能であったとしても解釈として無理のある場合を排除しう点<sup>(164)</sup>で、国際法適合的解釈がなされる範囲をより限定しているといえることができる。このような限定は、Ashwander v. TVA 事件判決<sup>(165)</sup>の Brandeis 同意意見におけるいわゆる Brandeis 第7原則から表現を借用したためであるとされ<sup>(166)</sup>、先にも触れた違憲判断回避原則ないし憲法判断回避原則と Charming Betsy Canon を同根と捉える見方の定着がうかがえる<sup>(167)</sup>。

次に、第2版と第3版の表現の変化になんらかの意義を見出せるかについて、第2版が国際法に違反する解釈を回避するにとどめようというニュアンスを比較的強く読み取れないわけではないのに対して、第3版の場合は、相対的に、米国法を国際法に適合的な方向へ積極的に解釈しようとするニュアンスを読み取れないわけではない。Bradley も、一定の裁判官や研究者によって、国際法違反を単に防止するのみならず、積極的に米国法を国際法に適合させようとする動きがあることを指摘して、そのような時代の流れが反映されている可能性を示唆する<sup>(168)</sup>。

<sup>(164)</sup> なお、Bradley は、U.S. v. Yunis, 924 F.2d 1086, 1091 (D.C. Cir. 1991) などの一定数の裁判例は、Charming Betsy 判決の「可能な (possible)」という文言を、「合理的な (reasonable)」とほぼ同意に読み替えていると指摘する。See, BRADLEY, *supra* note 128, at 16 n.88 and accompanying text.

<sup>(165)</sup> Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288, 348 (Brandeis, J., concurring, 1936). これについては、さしあたり、拙稿・前掲註33286-287頁註17を参照。

<sup>(166)</sup> *Ibid.*, at 63 (Reporter's Note 2.). See also, Bradley, *supra* note 122, at 491. 戸山・前掲註122200頁もこの点を紹介している。

<sup>(167)</sup> 戸山・同上も参照。

<sup>(168)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 491.

広い受容という点に関連して興味深いのが、外国法・国際法の参照については辛辣な批判を浴びせる<sup>(169)</sup>、合衆国最高裁の Scalia 判事が、Charming Betsy Canon については肯定的な態度を示していることである<sup>(170)</sup>。Bradley の推測では、自らの Charming Betsy Canon の理解<sup>(171)</sup>に引きつけつつ、連邦議会に国際法に従うのかあえて違反するのかについて決定権を与える理論であることから、Scalia も支持するのではないかということであった<sup>(172)</sup>。ただし、Scalia が Charming Betsy Canon を援用するのは、主として、管轄権の域外適用を否定する文脈であり<sup>(173)</sup>、積極的に、国内制定法の実体的解釈について国際法を援用しようという文脈ではないことに注意しておく必要はあるように思われる。これに関連して、コロンビア特別区連邦巡回裁判所の Kavanaugh 判事<sup>(174)</sup>は、Charming Betsy Canon に懐疑的であり、連邦議会による積極的な国内への受容を欠く慣習国際法や、非自動執行条約については Charming Betsy Canon の適用を否定するとともに<sup>(175)</sup>、また、彼が Charming Betsy Canon は域外適用の範囲を超えて適用されるものではないと主張する<sup>(176)</sup>点には注意しておく必要がある<sup>(177)</sup>。

<sup>(169)</sup> See, e.g., *Roper v. Simons*, 543 U.S. 607, 628 (Scalia, J., dissenting, 2005). See also, Yamada, *supra* note 96, at 221-222.

<sup>(170)</sup> See, e.g., *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 815-817 (Scalia, J., dissenting, 1993).

<sup>(171)</sup> この点については後述する。

<sup>(172)</sup> Duke 大学 Law School にて、2014年9月12日に筆者が行った、インタビューに対する返答である。

<sup>(173)</sup> See, *Hartford*, 509 U.S. at 815-817.

<sup>(174)</sup> かつて、合衆国最高裁で Kennedy 判事のロー・クラークを務め、2003年から判事就任までは、G.W. Bush 政権において大統領補佐官を務めた人物で、将来の共和党の最高裁判事候補とも言われている。See, J. Toobin, *The Supreme Court Farm Team*, THE NEW YORKER (Mar. 17, 2014), <http://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-supreme-court-farm-team>.

<sup>(175)</sup> *The Fund for Animals v. Kempthorne*, 472 F.3d 872, 879 (D.C. Cir., Kavanaugh, J., concurring, 2006); *Al-Bihani v. Obama*, 619 F.3d 1, 11 (D.C. Cir., Kavanaugh, J., concurring, 2010).

<sup>(176)</sup> *Al-Bihani*, *ibid.* at 41-42.

<sup>(177)</sup> Charming Betsy Canon により参照されるべき国際的規範の範囲の問題については後述する。なお、Kavanaugh 意見の存在については、前述のインタビューの際に Bradley 教授から教示を受けた。

最後に、近時の展開としては、国際法違反となる国内法の適用を妨げるという形で援用されるのではなく、国際法が許すような形で国内法の適用を行うべきであるという用いられ方が一部で主張されるに至っていることが指摘できる<sup>(178)</sup>。具体的には、国際法上の強行規範 (jus cogens)<sup>(179)</sup> 違反の行為については、外国国家の行為であっても、主権免除をすることは許されないのが国際法上のルールであるなどとして、外国主権免除法 (FSIA) は、そのような行為に主権免除を与えないように解釈されなければならないという主張である<sup>(180)</sup>。ただし、そもそも jus cogens 違反の行為に主権免除が適用されないというルールが国際法上成立していること自体、国際司法裁判所において受け入れられていない<sup>(181)</sup>し、米国の下級審裁判例<sup>(182)</sup>においても、上記のような主張は否定されている。

### 2.1.3. 小 括

以上、Charming Betsy Canon について、そもそもそれが示された（とされる）、Charming Betsy 判決の概要と、その後の主として判例による受容と定着といった形で、沿革をやや立ち入って確認してきた。

ここまでの作業を通じて、Charming Betsy Canon が現在においては広く受容され、一般的には定着していることを指摘できるだろう。しかし、これが Charming Betsy Canon についてもはや議論の余地がないということを意味するものでないこともまた、我々には明らかである。すなわち、ここまで見た中だけでも、Chevron Doctrine との優劣関係や参照されるべき国際規範の範囲、国際法の参照というものがどの程度の強度を持った要請なのか、す

(178) See, BRADLEY, *supra* note 128, at 17.

(179) これについては、さしあたり、酒井ほか・前掲註(7)301-303頁[濱本正太郎執筆部分]などを参照。

(180) See, *ibid.*.

(181) Judicial Immunities of the State (Ger. v. It.), Judgment, 2012 I.C.J. 99, 142 ¶ 97 (Feb. 3, 2012).

(182) See, e.g., Sampson v. Federal Republic of Germany, 250 F.3d 1145 (7th Cir. 2001). See also, BRADLEY, *supra* note 128, at 17.

なわち、違反の回避にとどまるのか、それとも積極的に国際法への適合を求めるものなのか、といった諸点について、なお論じられるべきものが残されていることが示唆されていた。ある意味当然のことながら、こういった諸問題についてどう答えていくかということに関しては、そもそも Charming Betsy Canon をどのような根拠論・正当化論によって性格付けるかに大きく依存する。そして、実際にアメリカにおいては、根拠論・正当化論が盛んに行われてきたところであり、結論を先取りすれば、権力分立論との関係で論じられることが多い。そこで、次節では、アメリカにおける Charming Betsy Canon の根拠論・正当化論を確認・検討を通じて、Charming Betsy Canon をめぐる諸問題について若干の考察を加えていくことにしたい。

## 2.2. 権力分立の理論としての Charming Betsy Canon ?

### 2.2.1. 基本的性質理解

#### 2.2.1.1. Bradley の議論

Charming Betsy Canon の理論的根拠づけについて論ずるに当たって、避けて通れないのが、—— 本稿でもすでに何度か引用しているが—— Curtis A. Bradley の「The *Charming Betsy* Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law」論文<sup>(183)</sup>である。この論文は、Charming Betsy Canon をめぐる理論的な検討がまだ十分になされていなかった<sup>(184)</sup>、1998年に発表されたものであり、表題の通り、Charming Betsy Canon を権力分立の観点から根拠づけるものである。そして、この論文の公表後は、Charming Betsy Canon を語るに当たっての出発点ともいえる位置付けをなしている。そこで、本稿においても、Bradley の議論を再確認するところから始めることにしたい<sup>(185)</sup>。

(183) Bradley, *supra* note 122.

(184) See, *ibid.*, at 483 n.18 and accompanying text. Bradley もあげる、例外的な先行研究として、Steinhardt, *supra* note 122と、J. Turley, *Dualistic Values in the Age of International Legislation*, 44 HASTINGS L.J. 185 (1993) がある。

(185) 邦語による Bradley 論文の紹介として、栢山・前掲註(22)203頁以下がある。

Bradley は、まず、従来の裁判例の多くが、Charming Betsy Canon を立法者の意図 (intent) によって基礎付けてきたと指摘する<sup>(186)</sup>。すなわち、国際法の違反は他国を害し外交関係を合衆国にとって困難なものとする可能性があるので、連邦議会は総じて国際法に違反しないように願うものであるとの想定から、国際法に反するような制定法解釈を可能な限り避けることを求めてきたのだといい、これを立法者意図論 (legislative intent conception) と呼ぶ<sup>(187)</sup>。Bradley はこれに対して、最近の論者<sup>(188)</sup>や判事の中には、国際法違反を回避するにとどまらず、Charming Betsy Canon を援用して、国内法を積極的に国際法に適合するように解釈しようとする者が一定数見られることを指摘する。これがもともとの Charming Betsy Canon が求めていた、国際法違反の回避からは乖離したものであるとしつつも、国際協調論 (internationalist conception) と呼んで、新しい潮流として、Charming Betsy Canon の根拠論ないし性質論<sup>(189)</sup>の一翼に位置付ける<sup>(190)</sup>。

しかし、そこから Bradley は、Charming Betsy 判決以来の国際法の性質や裁判所の機能をめぐる、捉え方や社会情勢が大きく変わったことを挙げ、立法者意図論が現代では成り立たないこと、また、現在の状況に照らしたときに、国際協調論も、それが良いかどうかは別にして、政治部門の態度に合

(186) Bradley は、直接 Charming Betsy Canon に言及するものではないことを認めつつ、立法者の意図を重視し、国際条約への違背を回避した先例として、*Cher Heong v. U.S.*, 112 U.S. 536 (1884) を引用している。See, Bradley, *supra* note 122, at 496. See also, J.J. PAUST, INTERNATIONAL LAW AS LAW OF THE UNITED STATES 99 & 125 n.3 (2003) [他の関連判例・裁判例について近時のものを含めて紹介している]。

(187) Bradley, *ibid.*, at 495-496.

(188) Bradley は、この中に、Steinhardt を位置付ける。See, *ibid.*, at 498.

(189) なお、*岡山・前掲註*22203頁は、立法者意思論、Bradley の所論、国際協調論の三つ（ちなみに岡山は、順に立法府意思説・権力分立説・国際主義説という語を当てている）を理論的な根拠づけの議論として性格付けている。しかし、全二者については根拠論としての性格が強いものの、国際協調論は、Charming Betsy Canon の要求内容に関わるものであって、根拠論について述べるものではないという印象を受ける。その意味で、ここでは、「根拠論ないし性格論」としている。実際、Bradley 自身も、立法者意思論と国際協調論を、「two common conceptions of the role of the Charming Betsy Canon」とし、問題関心がずれていることも同時に指摘している。See, Bradley, *ibid.*, at 495.

(190) Bradley, *ibid.*, at 497-504.

致しないという<sup>(191)</sup>。そして、その折衷的説明づけとして、権力分立による根拠づけ論を展開するのである。

我々の関心からは、早速権力分立による根拠づけ論の中身に興味が湧くところではあるが、権力分立根拠論をよく理解するためにも、Bradley が指摘する Charming Betsy Canon 採用以来の「変化」を敷衍して説明しておくことにしよう。この変化として、大きく3点が指摘される。

まず、1点目は、ポスト・リアリズム法学の時代にあって、解釈ルールとしての Canon を用いた、客観的な立法者意思の発見・実現というものを語れなくなったこと、それによって、裁判所による法解釈が結局は裁判所による価値判断であるということになり、立法者の意図がそのように推定されるというのみではなく、規範的に根拠づける必要が生じたということである<sup>(192)</sup>。この意味で、ある意味牧歌的な立法者意図論は採用できなくなっており、背後の価値判断を提示する必要が生じているというのである。さらに、立法者意図の推定の根拠として、他国との関係悪化への懸念が挙げられるのは上述の通りであるが、Charming Betsy 事件当時弱小国であったアメリカは、現在では超大国になっており、国際法違反に伴うリスクが低減していることも、立法者意図論のマイナス要素としてあげられている<sup>(193)</sup>。2点目は、国際法、とりわけ慣習国際法の性質ないし性格の変化である。つまり、Charming Betsy Canon が採用された当時の「law of nations」概念が自然法の性質を持つものであり<sup>(194)</sup>、国内の実定法に優位するものであるという観念が存在して

<sup>(191)</sup> *Ibid.*, at 523.

<sup>(192)</sup> *Ibid.*, at 507-508. なお、Bradley は、このような裁判観の変化は、解釈原則 (canon of construction) への疑義に結びついたのであるとする。もっとも、このような疑義に対しては、裁判所の制度的能力に着目して、一定の判断については裁判所が積極的な価値判断をするのではなく、議会に明確な意思決定をもとめる、明確な意思表示のルール (clear statement rules) として、解釈原則を再構成する見解が台頭してきたこと指摘し、実際に合衆国最高裁においても明確な意思表示のルールが多用されていることにも言及している。

<sup>(193)</sup> *Ibid.*, at 519. See also, *supra* note 158-159 and accompanying text.

<sup>(194)</sup> See also, e.g., J. Lobel, *The Limits of Constitutional Power: Conflicts Between Foreign Policy and International Law*, 71 VA. L. REV. 1071 (1985).



いたのに対し、その後、法実証主義が台頭し、慣習国際法も含めて、国家の意思に基づいて形成される実定法であると考えられるようになった<sup>(195)</sup>。さらには、多数国間条約の慣習国際法化という現象も多く見られるようになり、多数国間条約に政治部門があえて参加しない判断をしている場合や、参加してもその国内への影響力を制限しようとしている国際法規範への違反の回避や適合的な国内法解釈が求められることになる。これは、立法者の意図の推定が一般的には想定できなくなっていることを示しているし、国際法への積極的な適合を志向することは、国内的に大きな問題を抱えかねない<sup>(196)</sup>。3つ目は、2つ目とも関連するが、Erie 判決<sup>(197)</sup>の登場である。Bradley によれば、Erie 判決において、federal general common law 概念が否定され、common law と自然法の分離がなされるとともに、法の発見者から法定立者への裁判所の性格付けの変化が確定したのだという<sup>(198)</sup>。これによっても、裁判所によって法の定立がどこまで許されるのかという問題が発生するとともに、根拠付けが要請されるようになったわけである<sup>(199)</sup>。

こうして、いよいよ、権力分立根拠論が開陳される。そこでは、立法者意図論のように、勝手に立法者の意図を推定するのではなく、ましてや、政治部門の一般的態度に反して、裁判所限りで国際法への積極的な適合を強行するという挙に出るわけでもなく、法律によって国際法を破ろうと思えば破れ

<sup>(195)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 509–513.

<sup>(196)</sup> *Ibid.*, at 520–523.

<sup>(197)</sup> Erie Railroad v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938). Bradley の Erie 判決理解については、C.A. Bradley & J.L. Goldsmith, *Customary International Law as Federal Common Law*, 110 HARV. L. REV. 815 (1997) [hereinafter Bradley & Goldsmith (Harv.)]; C.A. Bradley & J.L. Goldsmith, *The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation*, 66 FORDHAM L. REV. 319 (1997); C.A. Bradley, J.L. Goldsmith & D.H. Moore, *Sosa, Customary International Law, and the Continuing Relevance of Erie*, 120 HARV. L. REV. 869 (2007)などを参照。もっとも、Bradley の Erie 判決には批判も多い。ここでは、代表例として、H.H. Koh, *Commentary, Is International Law Really State Law?*, 111 HARV. L. REV. 1824 (1998)を挙げておく。また、関連する邦語文献としては、横山真紀「『Erie 法理』再考——合衆国憲法における慣習国際法の地位——」法学新報108巻7・8号(2002年)183頁以下などがある。

<sup>(198)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 514–515.

<sup>(199)</sup> *Ibid.*, at 523–524.

ることを前提として、いつどのように合衆国が国際法を破るかということは、機能的な面でいっても、形式的な権力分立論から言っても、政治部門こそが決定すべきであるというのである。つまり、国際法に違反したくないというような立法者の意図を想定するのではなく、連邦議会が国際法に違反するという意思決定を明確にしておらず、曖昧さが残る場合には、裁判所限りで国際法違反の決断を下すのではなく、国際法違反を回避するように解釈しておくべきだというのが、Charming Betsy Canon の意義だという<sup>(200)</sup>。

Bradley は、周到にも、ありうる批判に対する応答も行っている<sup>(201)</sup>。そのありうる批判ないし権力分立根拠論の難点というのは、第一に、国際的事項について裁判所が判断することになるので、政治問題の法理のような権力分立の派生原理に抵触し、権力分立論それ自体を崩すことにならないかというものである。そして、第二に、政治部門への敬譲に見えて、結局裁判所が一定の対外政策決定を行うことを許し、自己矛盾に陥るのではないかというものである。

前者について、Bradley は、国際法の解釈がすなわち政治問題であることは従来からも否定されていること<sup>(202)</sup>、政治問題の法理もその援用が限定されてきていること、ここでの Charming Betsy Canon の理解は法律が曖昧な場合に国際法違反を回避するという要求にすぎないことをあげて反論する<sup>(203)</sup>。

次に、後者についてであるが、上記二つの難点は、相互に重なるところもあるので、反論も重なるところもあるが、国際法の内容を判断するのと、合衆国にとって適切な対外政策を判断するのはあくまで別物であること、国際

<sup>(200)</sup> *Ibid.*, at 526. Bradley は、これに続いて、Bradley は、違憲判断回避原則と同根であることを前出の Catholic Bishop 事件判決にも言及しつつ指摘したり、国家行為の法理 (act of state doctrine) を国際法からの要請としてではなく、国内憲法上の権力分立の問題として整理した、*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 476 (1964) を援用したりしている。後者に関しては、邦語の文献では、樋口範雄『アメリカ涉外裁判法』(弘文堂、2015年) 309-314頁などを参照。

<sup>(201)</sup> Bradley, *ibid.*, at 529ff.

<sup>(202)</sup> See, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962). 最近のものとして、*Zivotofsky v. Clinton*, 132 S.Ct. 1421, 1427-1428 (2012) なども参照。

<sup>(203)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 529-530.

法に積極的意義を与えようとするのではなく、国際法への抵触を消極的に回避するにすぎないこと、適用の場面は立法が曖昧な場合に限定されること、部門間の潜在的な対立はそもそも政治部門が優位するという基本的ルールで緩和されていること挙げている<sup>(204)</sup>。もっとも、Bradley は、これで問題が全て解消していないことに自覚的であり、結局はバランスングの問題であるという<sup>(205)</sup>。

そして、いくら超大国であれ、行きすぎた国際法違反はリスクを伴うので、Charming Betsy Canon がリスク回避の枠組みとして機能しうること、政治部門も国際法をむやみに破ろうとはしないので、立法者の意図に沿う結果になる可能性は高いこと、Charming Betsy Canon 自体が長く知られてきたものであり、あくまで補充的な理由づけとはいえ、その背景には政治部門による受容もあると伺えることなどを指摘している<sup>(206)</sup>。

ただし、最後には、一般的に Charming Betsy Canon の適用に当たって注意すべきこととして、①国際法の内容を判断するにあたっては、国際法の意味内容に関する政治部門の理解を優先すること、②違反しているとされる国際法の意味内容について、丁寧に証拠付けること、③積極的に国際法に適合させる国際協調論を採用すべきではないことの三点をあげ、裁判所を戒めるようなスタンスをとっている<sup>(207)</sup>。

以上が、Bradley の議論の概要である。先にも述べたように、Bradley の議論は、現在 Charming Betsy Canon について論じる上で出発点をなしているのであるが、いやむしろ、それゆえにというべきかもしれないが、批判も浴びている。そこで、以下では、ここに紹介した Bradley の議論をどう評価すべきかについて、立法者の意図の意義をどう考えるべきか、Bradley が批判する「国際協調論」との差異はいかなるものか、Bradley の見解について加えられている、国内民主政をより強調する、Bradley 以上に、「anti

<sup>(204)</sup> *Ibid.*, at 531-532.

<sup>(205)</sup> *Ibid.*, at 532.

<sup>(206)</sup> *Ibid.*, at 532-533.

<sup>(207)</sup> *Ibid.*, at 533.

internationalist」な論者からの批判との対比もしながら、どう考えていくべきか検討していくことにしたい。

### 2.2.1.2. 立法者の意図の意義

ここで論じたいのは、「立法者意図論」を権力分立根拠論と対比させることの妥当性である。現代において、牧歌的な立法者意図の想定が困難となってしまうことは、Bradley の指摘する通りであろう。しかし、ある種の「神話」であり、現実の隠蔽の役割を果たすに過ぎないとしても、現在においても、なんらかの立法者の意図を想定すること自体は、法学において一般に行われている<sup>(208)</sup>。Bradley 自身、実際に紹介した論文の末尾において、「政治部門も国際法をむやみに破ろうとはしないので、立法者の意図に沿う結果になる可能性は高い」などと論じていることについては先に述べた<sup>(209)</sup>。そして、権力分立を基礎において考えた場合に、政治部門、とりわけ議会の意図に注目することは、否定されるべきことではなく、むしろ望ましいことであるとも言える。先ほどの、論文末尾の言及にも表れているところであるが、明確な意思表示のルールが、立法に明確な意図・意見の表明を促すものとして、権力分立の観点に即した解釈原則であると示唆していることから、Bradley も立法者の意図を考慮すること自体には積極的といえるのである。そうすると、Bradley の立法者意図論批判というのは、結局、立法者の意図を国際法に違反を望まないというように一般的に想定することについて十分な根拠が示されていないという点にあるといえよう。

なお、国際協調論と立法者意図論が対立する見解であるかという点についても、それは否定的に应えるべきであるように思われる。すなわち、国際協調論の焦点は、Charming Betsy Canon の根拠論に係らないとは言わないが、むしろ、国際法違反を回避するにとどまらず、国内法解釈を積極的に国際法

<sup>(208)</sup> 前掲註(19)で触れた明確な意思表示のルールは、現代における立法者意図参照の代表とすることができよう。そして、Bradley もこれに好意的ですらある。判例については、PAUST, *supra* note 186, 125 n.3なども参照。

<sup>(209)</sup> See, *supra* note 206 and accompanying text.

に適合させることにあるというべきであって、立法者意図をどう想定するかという問題とは別次元の問題を取り扱っていると言えるからである<sup>(210)</sup>。立法者意図の推定に当たって、国際協調の必要性を実質的根拠として援用することも可能であるし、逆に立法者意図として、積極的な国際法への適合の要求を経験的に導けるのであれば、国際協調論を基礎付けることもできよう。実際に、国際協調論者として位置付けられる<sup>(211)</sup>Koh<sup>(212)</sup>も、従来の判決の分析という形ではありながらも、Charming Betsy Canonを立法者の意図に重きを置くものとして整理していることを示唆する<sup>(213)</sup>。

以上は、すでに明確な事項の単なる確認にすぎないかもしれないが、見解への命名を巡って、ややミスリーディングなところもあるように思われるので、指摘しておいた次第である。

### 2.2.1.3. 「国際協調論」との差異

続いて、Bradleyが強く批判する国際協調論と、逆に彼が提唱する権力分立根拠論の差異について検討し、Bradleyの所論を明らかにするとともに、その検討を深めたいと思う。

まず1点目として取り上げたいのが、国際協調論が権力分立を配慮していない見解なのかということである。これは、前節において言及した、立法者

<sup>(210)</sup> 国際協調論者ないし「Internationalist」というのは自称ではなく、そこに分類される論者の間に具体的な学派形成のようなものはないし、Bradleyによって貼られた一種の「レッテル」である。Bradley自身、立法者意思論と国際協調論を全面的に対立するものとは考えておらず、焦点を当てている場面が異なるともしている。See, Bradley, *supra* note 122, at 495. 彼による国際協調論の括りだしに当たっては、国際法違反の回避にとどまらず、積極的な適合解釈を志向するかによっている。See, Bradley, *ibid.*, at 498. したがって、本文で指摘したような特徴は、当然と言えば当然である。See also, J.F. Coyle, *Incorporative Statutes and the Borrowed Treaty Rule*, 50 VA. J. INT'L L. 655, 708-710 (2010). さらに、前掲註<sup>(89)</sup>で述べたことも参照。

<sup>(211)</sup> Coyle, *ibid.*, at 708.

<sup>(212)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 499 n.101. See also, H.H. Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L.J. 2599, 2657 (1997).

<sup>(213)</sup> KOH, *supra* note 125, at 250. Bradleyは、立法者意図論の内容を、別の場所で国際協調論の一種として整理する、Fitzpatrick, *supra* note 122, at 179の言葉をわざわざ引用して説明している。See, Bradley, *ibid.*, at 495-496.

意思論と国際協調論、権力分立論との排他性の有無の問題と多分に重なるところがあるのであるが、国際協調論を根拠論とは性格付けづらい。さらに、国際法規範の考慮の仕方によって定義づけられたものであるという点は先にも触れた通りである。そもそも国際協調論が権力分立を意識していないということは、権力分立根拠論と国際協調論の関係が立法者意思論と国際協調論の関係以上に対立的に論じられているとしても、予め想定されているものではない。そして、結論から述べてしまえば、国際協調論も権力分立についてはかなりの程度考慮に入れているといえることができる。もちろん、これも先に触れたように、明確な学派形成がなされているわけではないので、国際協調論といっても区々であり、統一的な立場を論じることはできないが、Bradley が国際協調論の代表的論者として位置付け、Charming Betsy Canon の全体像についてまとめた論述を行っている、Steinhardt の論文に拠りながら説明していくことにしよう。

Steinhardt は、本稿にいう、「積極的な国際法への適合解釈」のことを、「国内制定法解釈における国際法の実質的利用 (the substantive use of international law in domestic statutory interpretation)」と呼んで、これを Charming Betsy Canon の要請内容として理解する<sup>(214)</sup>。そして、このように理解されるところの Charming Betsy Canon の根拠として、国内の政治的・経済的事項の実体的側面について、国際的な法システムが多く規定するようになってきたことをあげつつ<sup>(215)</sup>、これに対するありうる批判を検討する。

そこで扱われるありうる批判とは、①反多数決主義に陥るのではないかという批判、②司法機関としての賢慮に欠き、政治問題の法理との整合性が取れないのではないかという批判、③ヘルメノイティクの技術についての批判<sup>(216)</sup>

<sup>(214)</sup> Steinhardt, *supra* note 122, at 1135ff.

<sup>(215)</sup> See, *ibid.*, at 1197.

<sup>(216)</sup> Charming Betsy Canon もその一種に分類しうる、解釈理論ないしヘルメノイティクの解釈技術の導入によって、解釈という建前のもと、裁判所による制約なき法創造を許すことにならないかという批判である。しかし、このような見立てについて、Steinhardt は、法を硬直的なものとして想定しすぎて、およそ法を考えられなくなる可能性を指摘し、反論する。See, *ibid.*, at 1194-1196.



の三点である<sup>(217)</sup>。とりわけ、①・②の点は、広い意味での権力分立論に関わる問題である。確かに、Steinhardt は、Charming Betsy Canon の根拠を権力分立に求めているわけではない。しかし、Steinhardt は、権力分立論上の問題点には自覚的であり、それに対して応答を行っている。そして、最終的には、Charming Betsy Canon を、明確な意思表示のルールの特種な類型であり、議会によるあての国際法排除が可能であることを前提とした、国際的規範との調整のための反証可能な推定ルールに過ぎないと性格付けられることを踏まえて<sup>(218)</sup>、諸批判の懸念は当たらないと説明するのである<sup>(219)</sup>。このような議論の流れには、むしろ Bradley のそれと驚くほどに類似している印象を与えられる<sup>(220)</sup>。

権力分立の観点から、国際法違反という重要な決定は、裁判所ではなく、議会に明示的になさしめるべきであるという、Bradley の議論はそれだけを聞けば、なるほどと思わせるところも大きい。しかし、国際法という外来法源に従うという積極的な意思決定が明示的に議会によってなされていない場合に、なぜ国際法への違反がないと推定されなければならないかという問題の立て方をすれば、権力分立の観点から、逆のデフォルト・ルール設定をすることは可能ではないのか。それならば、権力分立が背後にあるというだけでは回答になっておらず、Bradley にも背景に国際法をむやみに破るべきではないという規範的判断があるということになるのではないか。結局、国際法への積極的な適合を求める国際協調論と、国際法違反の回避に止める権力分

<sup>(217)</sup> *Ibid.*, at 1183.

<sup>(218)</sup> *See, ibid.*, at 1163-1164 & 1196.

<sup>(219)</sup> *Ibid.*, at 1185-1194.

<sup>(220)</sup> Steinhardt 論文の方が先行しているので、むしろ、Bradley 論文の方が類似しているというべきかもしれない。なお、本文では述べていないが、Steinhardt が解釈原則 (doctrine of construction) へのリアリストからの批判と、公共的価値 (public value) の表れとして新たに解釈原則を基礎付ける可能性について丁寧に論じている点にも、Bradley 論文 (Bradley, *supra* note 122, 507-509) との類似性を見いだすことができる。*See*, Steinhardt, *ibid.*, at 1125-1134. 公共的価値と解釈方法論一般については、やや古いが、W.N. Eskridge, *Public Value in Statutory Interpretation*, 137 U. PENN. L. REV. 1007 (1989) を参照。とりわけ Charming Betsy Canon や違憲判断回避原則については、Eskridge, *ibid.*, at 1020-1028 で述べている。

立論の差異は、国内における権力分立の要請、国際協調の要請にそれぞれどう重点を配分するかという点に関する判断の差異に過ぎないというべきであるように思われる。

こうして、「権力分立根拠論」と「国際協調論」の対立の問題は、国内憲法上の権力分立の要請と、国際協調の要請の調整として、いずれの見解が妥当かという問題に落ち着くことになる。国際協調論が、積極的な国際法への適合を求めることの根拠は、一般的に、旧来の国内管轄事項について国際的規律が増加しており、国内事項と国際事項を峻別して考えるのではなく、両者を調和させていかなければならないというものである<sup>(221)</sup>。しかし、事実として、国際的規範が国内事項に関する規律を持つようになってきたというだけでは、なぜそれを尊重しなければならないのかということを基礎付けないというべきである。これは、むしろ国際的規範による国内領域への侵入と捉えて、ある種の防衛措置を講じる必要があるという議論を産む、逆の可能性もあるのではないか。そして、国際法は基本的にどの国内機関が国際法上の義務を履行するかには興味はないはずであり、国内事項について国際法が規律するようになってきたからといって、政治部門を差し置いて、一足飛びに裁判所がそれに対応しなくてはならないということは導けないはずである<sup>(222)</sup>。

<sup>(221)</sup> See, e.g., Steinhardt, *ibid.*, at 1197; PAUST, *supra* note 186, at 99.

<sup>(222)</sup> この点に関連して、国際法と国内法の関係について二元論を採用することによって、国内における立法を担う議会によって国際法規範の取り込みがなされることが重要であることとなり、Madison 型の合衆国憲法の民主政観にも合致しているとしつつ、議会にせよ、執行府にせよ、利益追求 (rent-seeking) にとりつかれた現状にあっては、利益追求から逃れられている国際法を、一元論によって議会の積極的決定を経ずとも自然と国内法平面に取り込まれていると考えて、国内制定法と同等であるところの国際法を、common law と同じように扱って、適用していけばよいのであって、Charming Betsy Canon は、脱・解釈原則化 (decanonization) されるべきだとするものとして、Turley, *supra* note 184がある。なお、Steinhardt も一元論・二元論と Charming Betsy Canon の関係について述べ、二元論的に理解すれば、権力分立を守る予防的な法理と理解されることとなるとし、さらには、合衆国最高裁の判例も、Charming Betsy Canon を二元論的に理解しているなどという。See, Steinhardt, *ibid.*, at 1129-1130.

Turley の見解は、他の見解と異なり、国内における決定権者として、議会よりも裁判所を重視する見解と位置づけることが可能で、その意味では注目される。もっとも、この見解は、国際法の国内法秩序への編入ないし受容の問題を、一元論・二元論の問題と混同している点に難点があるほか、国際法を部分利益の追求から自由であると考える点

この点, Bradley は, 裁判所が積極的な国際法への適合的解釈を行うことは, 国際法の遵守の問題を政治部門に留保するのではなく, この問題を政治過程から引き離し, 「憲法化」することに他ならないとして, 合衆国における従来の基本的な権力分立構造からの逸脱を指摘するわけである<sup>(223)</sup>。しかし, 先に述べたように, Bradley も一定の範囲で国際法を尊重する必要性は認めていると言わざるを得ない。にもかかわらず, その尊重の要請から導かれるのが, 違反の回避に止めておけば良い, 止めておくことが求められるという点については積極的に論じられていない。

これに関連して, Bradley 同様に Charming Betsy Canon の基本的な性格付けを権力分立論に結びつけつつ, より精緻な議論を展開するものとして, Coyle の論稿<sup>(224)</sup>がある。Coyle はまず, 法律 (statute) を条約実施法律と非条約実施法律に二分する。ここに, 条約実施法律とは, Coyle によれば, ①明示的に条約を国内実施することを目的とする法律, ②当該法律の文言が条約の文言を引き写しにするか, あるいは丁寧になぞったものである法律, ③そうでなくとも, 特定の条約規定に効果を持たせることを明らかに意図している法律を指すと定義される<sup>(225)</sup>。

そして, この条約実施法律の場合には, 「条約借用ルール (the borrowed treaty rule)」が適用される。すなわち, まず, 条約の文言が明確であれば, 連邦議会が異なった結果を意図していたことが十分に説得性のある証拠をもって証明されない限り, 実施法律を, 法律が文言等を借用してきた条約に適合的に解釈することが求められる。次に, もし, 条約の文言に曖昧なところがあれば, 必要に応じて, 条約の規律内容の曖昧さを解消すべく慣行として用いられてきた特殊な解釈原則に則って条約実施法律の解釈を行うべきであるという<sup>(226)</sup>。

---

も首肯し難く, 外来法源の流入にあまりに無防備な見解であって, 賛同できない。

<sup>(223)</sup> Bradley, *supra* note 151, at 85.

<sup>(224)</sup> Coyle, *supra* note 210.

<sup>(225)</sup> *Ibid.*, at 664–665.

<sup>(226)</sup> *Ibid.*, at 680.

これに対して、非条約実施法律の場合は、従来通り、Charming Betsy Canonの守備領域ということになる。そして、先例における Charming Betsy Canonのもとでの定式は、違反回避を求めるにすぎない。また、実施法律と異なり、積極的な立法者の意図を想定できず、せいぜい潜在的な抵触可能性に気づいて初めて、国際法への適合を立法者が望んだかもしれないと言えるにとどまる<sup>(227)</sup>。また、立法者の意図に明白な違いがあるにもかかわらず、同様の扱いをしなければいけないのは直感にも反する<sup>(228)</sup>。このことは、条約実施法律なのかという点を含め内容の曖昧な法律を裁判所限りで条約実施法律に変えてしまうことを可能にしてしまうことにもつながり、政治部門による判断を貶めることとなりかねない<sup>(229)</sup>。以上のような理由を挙げて、国際協調論のいうように、国際法に適合的に解釈することが最初から求められるものではないという。

Coyle は、その上で、解釈による国際法違反の回避といっても、①国内制定法を限定解釈すること、②国際法を限定的に解釈すること、③必ずしも国際法に適合させることは求められないが、国内制定法について抵触を回避するような代替的解釈を採用すること、逆に④国際法について抵触を回避するような代替的解釈を採用することがあり、最後の手段として、⑤制定法を国際法に積極的に適合させる解釈があるという<sup>(230)</sup>。そして、まずは、真に抵触があるのかを見極め、仮にあったとしても、限定解釈、代替的解釈を順に試み、最終的に、権力分立原則に十分な配慮をした上で初めて、積極的な適合的解釈を施すことが可能となるという<sup>(231)</sup>。場合によっては、積極的な適合的解釈が、非条約実施法律にも認められる可能性が留保されている点は注目に値するところであるが、基本線としては、語弊を恐れず言えば、条約実施法律については国際協調論の発想を適用し、非条約実施法律については、

<sup>(227)</sup> *Ibid.*, at 712.

<sup>(228)</sup> *Ibid.*, at 711.

<sup>(229)</sup> *Ibid.*, at 713.

<sup>(230)</sup> *Ibid.*, at 714.

<sup>(231)</sup> *Ibid.*, at 715.

Bradley の主張と基本的には同じ枠組みを採用すると整理できよう。

Coyle の議論は、自身が設定した、条約実施法律か非条約実施法律かという区別が無意味になることを理由に挙げる点など、非条約実施法律について原則的に違反回避にとどまる理由について、積極的な理由付けがきちんとできているか、なお疑問が残らないわけではない。国際法との関係での立法目的という法律の性質に着目し、国際法を考慮する程度に段階を付ける発想は、他の論者の見解には見られない精緻なものであり、説得的な議論になっていると評価できよう。

#### 2.2.1.4. 国内民主政重視の見解からの批判

権力分立論によって Charmin Betsy Canon を基礎づけ、国際法への積極的な適合を志向することは、基本的な国内統治構造に反するとして、国際協調論に対して強い批判を浴びせる Bradley であるが、権力分立論ないし国内統治構造のあり方に着目して、Bradley の立論が国際法を優位に扱いすぎだと批判する見解<sup>(232)</sup>も現れている。そして、このことは、前節でも述べたように、Bradley が自身の求める国際法の考慮の程度を、権力分立論によって積極的に根拠づけられていないくらいがあるということを裏付けているとみることもできよう。そこで、以下では、この批判を紹介・検討することを通じて、さらに検討を深めることにしたい。

Harvard Law Review の匿名 Note による批判は、Bradley の議論が理由としてあげるところは基本的には妥当なのである<sup>(233)</sup>が、まさに、Bradley があげるその根拠によって、Bradley の議論が掘り崩されることになるのだという。当該 Note による批判は、次の三点にまとめられる。すなわち、①違憲判断回避原則<sup>(234)</sup>と Charming Betsy Canon の間に存在する相違点から、前者に

<sup>(232)</sup> Note, *supra* note 133.

<sup>(233)</sup> *Ibid.*, at 1231.

<sup>(234)</sup> 原文では、「憲法判断回避原則 (constitutional avoidance)」の語が用いられているが、ここで主に想定されているのは、本稿で言うところの違憲判断回避原則であると解されるので、以下、ここでは違憲判断回避原則と記すことにする。なお、アメリカにおいて

においては可能である正当化は後者には働かない, ② Charming Betsy Canon の適用によって, 慣習国際法形成に対する議会を通じたアメリカの国家としての態度決定・表明を妨げる, ③国内立法に伴うコストと外交に与える影響のコストの衡量が十分に行われているのか疑わしいという三点である<sup>(235)</sup>。

Bradley のいう権力分立根拠論に対する三つの批判について, それぞれもう少し具体的に紹介していくことにしよう。

①憲法判断回避原則と Charming Betsy Canon との対比について, Note は, 大要次のように述べる<sup>(236)</sup>。すなわち, 憲法が制定法に優位するものであるのに対して, 国際法は制定法と同意であると考えられており, 憲法は最終的には制定法を排除する可能性を有しているが, 国際法は本来前法後法関係によって, 場合によっては制定法によって排除される可能性でさえある。Charming Betsy Canon はそのような制定法と国際法との原則的な関係性に反して, 国際法にある意味特権を与えるものであり, その正当性に疑問があるという。というのも, 制定法に表れた立法者の判断を排除する, 準憲法的な「半影 (penumbra)」を裁判所が作り出していると評価されるためである。そして, ここでは, R. Posner が憲法判断回避原則により, 裁判所が作り出す準憲法的半影へと立法が従うことが求められることとなり, 裁判所による憲法創造という許されざる結果を生むことを指摘していたこと<sup>(237)</sup>が引かれている。もっとも, Note 自体, 違憲判断回避原則が立法府と司法府の対立を回避する効果を持つとの Bickel の指摘<sup>(238)</sup>や, 司法による立法の無効化がもつ反民主的性格を緩和しつつ, 憲法本来の輪郭線に立法を近づける意義を強調する Sunstein の指摘<sup>(239)</sup>を紹介することによって, Posner の主張自体に疑義

---

憲法判断回避原則と違憲判断回避原則の区別が十分になされていない点について, 拙稿・前掲註33286-287頁註17などを参照。

<sup>(235)</sup> Note, *supra* note 133, at 1220.

<sup>(236)</sup> *Ibid.*, at 1221ff.

<sup>(237)</sup> R.A. Posner, *Statutory Interpretation – in the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. CH. L. REV. 800, 816 (1983).

<sup>(238)</sup> A.M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* 181 (2nd ed., 1986) を引用する。

<sup>(239)</sup> ここでは, C.R. Sunstein, *Law and Administration After Chevron*, 90 COLUM L. REV. 2071, 2112 (1990) が引用される。See also, C.R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI.



がないわけではないと留保を付している<sup>(240)</sup>。しかし、憲法のように、制定法の上位法ではない国際法の場合については、司法府による制定法の改変問題、ないし準憲法的半影創造の問題は大きなものになると指摘するのである<sup>(241)</sup>。

違憲判断の回避が、実質的な立法になるのではないかという問題は、我が国を含めてすでに多く論じられている問題であるが、本来上位法ではない国際法の場合になぜ国際法違反の回避が要請されるのかという疑問は、裁判所の権限論との関係で違憲判断回避原則以上に大きな問題を招くというのは確かである。実際に、先にも引かれていたように、違憲判断回避原則については、明確な意思表示のルール<sup>(242)</sup>の一種として擁護する Sunstein も、Charming Betsy Canon と違憲判断回避原則を明確に区別しており、Chevron Doctrine が違憲判断回避原則の制約は受けるべきであるが、Charming Betsy Canon の制約は受けないとしている点<sup>(243)</sup>が着目される<sup>(244)</sup>。

次に、②慣習国際法形成への議会関与の排除の問題に移ろう。ここでは、まず、Bradley と同様に<sup>(245)</sup>、慣習国際法が当初の自然法的性格を失い、時代が下るに従って、実定法としての性格を持つようになったことが指摘される<sup>(246)</sup>。加えて、慣習国際法の性格の変化として、これも Bradley が触れてい

L. REV. 315 (2000).

<sup>(240)</sup> Note, *supra* note 133, at 1222.

<sup>(241)</sup> *Ibid.*, at 1223.

<sup>(242)</sup> 明確な意思表示のルール全般にわたって、「準憲法」を生み出す、憲法創造の役割を果たし、反多数決主義に陥る危険を持つ、司法の謙抑の皮を被った司法積極主義である旨指摘するものとして、W.N. Eskridge & P.P. Frickey, *Quasi-Constitutional Law: Clear Statement Rules as Constitutional Lawmaking*, 45 VAND. L. REV. 593 (1992) も参照。

<sup>(243)</sup> See, E.R. Posner & C.R. Sustain, *Chevronizing Foreign Relations Law*, 116 YALE L.J. 1170, 1196-1200 & 1210-1211 (2007). なお、この論文の共著者である Posner は Eric Posner であり、先に憲法判断回避原則批判で引用された Richard Posner の息子ではあるが、別人である。ただし、Sunstein が憲法判断回避原則もその一つと整理し、支持する民主政促進解釈に、E. Posner が懐疑的な点については、拙稿「新技術と捜査活動規制（2・完）」岡山大学法学会雑誌65巻2号（2015年）467頁註②でも述べた通りである。

<sup>(244)</sup> なお、Bradley も Sunstein が指摘するような、違憲判断回避原則と Charming Betsy Canon の相違点については、自覚的である点については、後掲註②ないし③及び対応する本文を参照。

<sup>(245)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 509-511.

<sup>(246)</sup> Note, *supra* note 133, at 1224-1225.

た<sup>(247)</sup>けれども、元来国内事項とされてきた事項も慣習国際法によって規律されるようになったことに言及する<sup>(248)</sup>。このような慣習国際法の性質の変化は、国内議会による立法が、慣習国際法の形成に寄与する国家実行としての性格を帯びることを意味する。そうであるにもかかわらず、Charming Betsy Canonにより国内議会による慣習国際法受容を推定してしまったのでは、議会が立法によって国際法の内容について意思表示する機会を奪うことになるのだというのである<sup>(249)</sup>。さらに、事実として機会を奪うという問題があるというのみならず、それは規範的にも認められないという。すなわち、国際法の内容決定という重要事項は、議会によって担われるべきであり、Bradley自身が拠り所とする権力分立原則に反する結果となるし、場合によっては、対外政策を裁判所が決定する結果になりかねない<sup>(250)</sup>。

最後に、③コストの衡量の問題についてである。Noteによれば、Bradleyは、国際法を破る立法者の意図を誤って判断するコストと国際法に不用意に反してしまうコストの衡量で後者を重視している<sup>(251)</sup>。しかし、国際法違反が対外関係に与える悪影響というものは決して大きいものではなく、Bradleyはこのコストを過大視してしまっていると批判するのである<sup>(252)</sup>。とりわけ、国内事項に関する国際法、国際人権法がその代表例と言えるが、一般的に国家は他国における人権保障に関心は大きくなかったし、Charming Betsy

<sup>(247)</sup> Bradley, *supra* note 122, at 512. ただし、Bradleyは、「law of nations」概念における、国際公法・国際私法の未分離を指摘し、それが一旦、国家間関係の規律に純化された上で、第二次大戦後に、再び、国家・個人間関係の問題が国際法の対象となったことを指摘している点で、「国家間関係 → 個人の問題への拡張」という単線で描く、Harvard Law ReviewのNoteとは異なっている。

<sup>(248)</sup> Note, *supra* note 133, at 1226.

<sup>(249)</sup> *Ibid.*, at 1227.

<sup>(250)</sup> *Ibid.*, at 1229.

<sup>(251)</sup> *Ibid.*, at 1230. *See also*, Bradley, *supra* note 122, at 531-532. Bradleyは、補足的に、最終的にはコストのバランスの問題にならざるをえないとして論じているのであり、コストの均衡の問題を前面に出すのには疑問がないわけではない。しかし、とりわけ、国際協調論との対比で、Bradleyが国際法遵守の意義に重きを置いていないような印象を与えかねないところ、実際、国際法を一定範囲で重視する規範的判断を行っていることを明確化する意味はあるように思われる。

<sup>(252)</sup> Note, *ibid.*.

Canon は元来、国家間のみを規律するものと考えられていた時代に誕生したものであり、国内事項に関する場合は適用される前提を欠くという主張を展開する<sup>(253)</sup>。

以上のような批判を通じて、Note は、Charming Betsy Canon は明確な意思表明<sup>(254)</sup>のルール的一种として用いるのではなく、他のありうる解釈方法を施した上で補充的に行われるべきこと<sup>(255)</sup>、特に人権に関する慣習国際法への Charming Betsy Canon の適用を控えるべきこと<sup>(256)</sup>、そして、慣習国際法については、いかなる種類のものであっても Charming Betsy Canon の適用をすべきでないこと<sup>(257)</sup>の以上3点を結論として示す。

ところで、慣習国際法を Charming Betsy Canon の適用対象から外すという点については、先に少し触れたコロンビア特別区連邦巡回裁判所の Kavanaugh 判事が同じ主張をしている<sup>(258)</sup>。その根拠づけは、Harvard Law Review の Note とは異なっているのであるが、Kavanaugh 判事によれば、Erie 判決以来慣習国際法は、アメリカ合衆国の法とは認められない<sup>(259)</sup>のであり、立法府たる連邦議会による積極的な取り込みが認められない限りは、

<sup>(253)</sup> *Ibid.*, at 1231.

<sup>(254)</sup> ここでは、「clear statement」ではなく、「plain statement」の語が与えられている。

<sup>(255)</sup> Note, *supra* note 133, at 1232-1233.

<sup>(256)</sup> ここでは、コストの衡量の問題が大きな理由としてあげられる。See, Note, *ibid.*, at 1234-1235.

<sup>(257)</sup> ここでは、慣習国際法の性質と議会による意見表明の確保の必要性が大きな理由としてあげられる。See, *ibid.*, at 1235-1236.

<sup>(258)</sup> *Al-Bihani*, 619 F.3d 1, 9ff. (Kavanaugh, J., concurring). See also, H.G. Cohen, *Formalism and Distrust: Foreign Affairs Law in the Roberts Court*, 83 GEO. WASH. L. REV. 380, 442-443 (2015).

<sup>(259)</sup> この点、Bradley は、Erie 判決によって、慣習国際法が連邦法としての地位を失うこととなったと解するが、国内的効力自体は否定していないと解しており、Charming Betsy Canon を慣習国際法について適用することは妨げられないとする。See, Bradley & Goldsmith (Harv.), *supra* note 197, at 872. 当該論文では、連邦法として認められるには、立法府たる連邦議会によって積極的な受容・実施がなされる必要があることが権力分立の観点から強調されるのであるが、そこには、むしろ Kavanaugh 判事の立論との親近性が窺われ、慣習国際法への Charming Betsy Canon の適用の許容とのつながりは必ずしもわかりやすいものではない。なお、Bradley の Erie 判決理解には、強い批判も存在することなどについては、前掲註脚を参照。

これを国内の制定法解釈において考慮することは許されないのだという<sup>(260)</sup>。この論法は非自動執行条約にも拡大され、非自動執行条約にはアメリカにおける国内的効力もないとする<sup>(261)</sup>彼は、慣習国際法の場合と同様に、国内制定法の解釈にあたり参照されることはあり得ないという立場を採用するのである<sup>(262)</sup>。このように考える背景には、権力分立を採用する憲法体制のもとで、合衆国が国際法に拘束されるか、またされるとして如何にして拘束されるのかを決定するのは、裁判所ではなく、政治部門なのであり、政治部門が積極的に国際法の受容・実施を決定していない以上、裁判所は自身の判断で国際法を取り込み、実施するような動きをしないことが、司法の謙抑の原則や権力分立の原則から求められるという発想がある<sup>(263)</sup>。このような発想は、同じく権力分立を根拠としつつ、まさに Bradley とは逆のデフォルト・ルールを設定したものであると評価することができよう。その意味で、やはり、なぜ、国際法違反を原則的には排除するという形でデフォルト・ルールを設定できるのかという点について、きちんと根拠づけることが必要とされているのである。この点、国際法違反が重要な決定であるというだけでは、やはり十分な根拠づけとはなっていないということなのではないだろうか。

### 2.2.1.5. 若干の検討

ここまで、Bradley による Charming Betsy Canon の根拠づけあるいは性格づけの議論を紹介し、Charming Betsy Canon の要求内容を Bradley より

<sup>(260)</sup> *Al-Bihani*, 619 F.3d at 33 (Kavanaugh, J., concurring).

<sup>(261)</sup> この点、非自動執行条約について、国内的効力も否定されるのか、国内的効力自体は否定されないのかは、アメリカにおいては議論が定まっていないが、概念整理という意味では、合衆国憲法6条2項によって、条約について国内的効力は認められ、自動執行性の問題は、特定の主張方法にてらして、裁判所や行政機関において当該国際法規範のみに基づいて事案の処理を行うことが可能かという問題であるとした方が妥当であるという点については、別稿で述べた通りである。拙稿・前掲註(3)425・438-439・444頁。Bradley が同旨の見解に立っていると解されることについて、拙稿・同上412頁註(4)も参照。

<sup>(262)</sup> *Ibid.*, 619 F.3d at 32-33 (Kavanaugh, J., concurring). See also, *The Fund for Animals*, 472 F.3d at 879 (Kavanaugh, J., concurring).

<sup>(263)</sup> See, *Al-Bihani*, 619 F.3d at 11-12 (Kavanaugh, J., concurring).

も踏み込んで、積極的な国際法への適合解釈を求める見解との対比した上で、そして、Bradley よりも抑制的な国際法参照を主張する見解も紹介した。

以上のような検討から、いずれの見解も実は、権力分立を考慮して議論がなされていることが確認された。その一方で、Bradley のように、権力分立というだけでは、Charming Betsy Canon を十分に根拠づけることは困難な面があるし、適用における実践的な面でも、慎重な適用が行われないと、却って、権力分立論が志向する価値、そのものを害することになりかねないということを、とりわけ国際法参照を抑制的に考える見解の紹介を通じて、知ることができた。ある国内法が違反しているかどうかが問われる国際法の内容も、裁判所の解釈にかかるわけであるから、一定の枠づけをしないと、**2.2.1.4.** で紹介した Harvard Law Review の Note が指摘するように、裁判所による準憲法の定立になりかねない。そのため、ここでは、憲法と国際との性質の違いに留意しつつ、従来の違憲判断回避原則などを巡って積み重ねられた議論が参照されることとなる。この点に関して、条約内容を積極的に国内に取り込み、実施しようとする趣旨で設けられた立法か否かによって国際法の考慮の程度を区別する Coyle の議論は、実施する対象を条約に限定する必要はないが、立法者の判断を十分に加味した、基本的には<sup>(264)</sup> 妥当な基準であるといえるだろう。また、逆に考慮される国際法の性質によって、考慮の程度が異なる可能性もあろう<sup>(265)</sup>。

これに関連して、ここまで政治部門と議会あるいは立法者がある意味で互換的に用いてきたきらいがあるが、もう一つの政治部門である執行府の判断をどう加味するかという応用問題も存在する。対外事項については、従来執行府の専権事項であるとも言われてきた<sup>(266)</sup> ところであり、国際法解釈につい

<sup>(264)</sup> ここで「基本的には」と限定を付したのは、国際法の実施法律かどうかの判断自体、一つの論点となりえ、裁判所による恣意的判断を生む可能性は否定できないためである。

<sup>(265)</sup> 国際法上の強行法規 (jus cogens) への該当性はここで考慮する余地がある。

<sup>(266)</sup> この点について強調する、最近の合衆国最高裁判決として、Zivotofsky v. Kerry, 135 S.Ct. 2076 (2015) がある。合わせて参照、拙稿・前掲註(2)268頁以下。なお、Zivotofsky v. Kerry 事件判決の Thomas 同意意見は、拙稿・同上280頁以下で好意的に引用した、S.B. Prakash & M.D. Ramsey, *The Executive Power over Foreign Affairs*, 111 YALE L.J. 231

ては、執行府の見解を尊重する立場が判例においても採用されてきた<sup>(267)</sup>。これは、裁判所の制度的能力などに着目した、権力分立の観点からの要求ということもできよう。しかし、他方で、従来国内の立法事項とされてきたものが国際法によって規律されるようになってきたことに鑑みれば、国際法の内容の解釈についても執行府の判断を優先するのなら、執行府による立法権限の侵奪という意味で、権力分立原則に反する可能性もある<sup>(268)</sup>。この点については、国際法、あるいはそのスープラナショナルなレベルでの解釈と、国内の執行府や行政機関の国内制定法の解釈ないし国際法解釈が抵触する場合に、国内裁判所がいずれの見解を優先するのかという問題とも関連付けられながら、最近議論が盛んになされている<sup>(269)</sup>。そこで、この問題については項目を分けて、2.2.2. で取り上げることにしたい。

国際法の内容解釈に伴う裁判所の判断の統制に議論を戻せば、これに関する問題として、この他に、内容がどうしても不明確となる慣習国際法については、Charming Betsy Canon の適用について慎重とならざるを得ない場面があるのは否めない。その意味では、国内の制定法の意義が曖昧な場合に限って Charming Betsy Canon が適用される、補充的にのみ Charming Betsy Canon が適用されるという主張は、とりわけ慣習国際法を適用対象とする場合の議論として再構成

---

(2001) に全面的に依拠した議論を展開する (See, Zivotofsky, 135 S.Ct. at 2096ff. (Thomas, J., concurring)) が、法廷意見はむしろ、Prakash と Ramsey が批判する論理構成を採用している。

<sup>(267)</sup> RESTATEMENT (THIRD), *supra* note 163, at 202 § 326(2). See also, e.g., Sumitomo Shoji America v. Avagliano, 457 U.S. 176, 184-185 (1982); C.A. Bradley, *Chevron Deference and Foreign Affairs*, 86 VA. L. REV. 649, 701ff. (2000) [Chevron 敬讓の一種に位置付けようことを示唆する]。

また、Bradley は、Charming Betsy Canon の適用に際しても、国際法の内容の決定に当たって、政治部門の理解が優先されるべきことを指摘している。See, Bradley, *supra* note 122, at 533. 同趣旨の主張を Charming Betsy 判決が、「この国において理解されるものの国際法 (the law of nations as understood in this country)」への違反を回避するように説いていること (Charming Betsy, 6 U.S. at 118) に着目して導く見解として、E.T. Swaine, *The Local Law of Global Antitrust*, 43 WM. & MARY L. REV. 627, 717 (2001) がある。

<sup>(268)</sup> See, D. Jinks & N.K. Katyal, *Disregarding Foreign Relations Law*, 116 YALE L.J. 1230, 1234 (2007).

<sup>(269)</sup> 前掲註(154)ないし(156)および対応する本文も参照。



すれば、妥当な議論と解されるのではないだろうか。ただし、もちろんアメリカ国内における議論でも決着がついているわけではないが、慣習国際法<sup>(270)</sup>や非自動執行条約<sup>(271)</sup>について、やはり国内的効力が否定されるわけではないと考えるべきであって、Harvard Law Review の Note(ただし、前者のみ)や Kavanaugh 判事がいうように、これらを適用対象から一律に排除する議論には疑問を感じざるを得ない。

なお、慣習国際法についていえば、立法条約の慣習法化や慣習法の法典化の進展により、慣習国際法といっても実際には条約の内容が考慮される場面も多い。その場合、当該条約に政治部門があえて参加しないという意見を表明しているのであれば、慣習国際法に関する「一貫した反対国の理論」を援用してそもそも合衆国への拘束を否定したり<sup>(272)</sup>、場合によってはその応用として既存の慣習法からの離脱を認めたり<sup>(273)</sup>、事後的な離脱は困難であ

(270) 慣習国際法については、国内的効力を認めないものは少数といっても良いかと思われるが、自動執行性を持たない国際法の国内的効力を否定するのであれば、非自動執行条約の国内効力の問題に接近する。また、慣習国際法は法典化や条約の慣習国際法化が語られる場面を除けば、「原理」的性格を持つものであることが多いのであって、自動執行性を持ちうる場面は限定されるのではないだろうか。

(271) 前掲註69参照。

(272) 「一貫した反対国の理論」とは、慣習国際法の成立について、全国家の実行・法的信念がなくとも慣習法は成立しうるが、当該慣習法規範形成過程の当初から当該慣習法規範に拘束されない意思を一貫して明確に表明する国家は当該慣習法規範成立後もそれに拘束されないという理論である。ICJ のノルウェー漁業事件判決 (Fisheries Case (U.K. v. Nor.), 1951 I.C.J. 116, 131 (Dec. 18)) によってこの主張が採用されているとも言われるが、一貫して反対していた国家の主張を明示あるいは黙示に受け入れていた他国が、当該反対国に対して慣習法の成立を援用できないとの見解を示したにすぎないという見解も有力であり、このように ICJ 判決の理解も含めて、批判は多い。アメリカの国内裁判例で傍論ながらこの理論を認めるものとして、*Sidermann de Blake v. Argentina*, 965 F.2d 699, 715 (9th Cir. 1992) がある。「一貫した反対国の理論」をめぐる詳細な点は、酒井ほか・前掲註(7)150-151頁〔濱本正太郎執筆部分・上記の定義もこれによった〕や柴田明徳「『一貫した反対国』の法理再考」岡山大学法学会雑誌46巻2号(1997年)355頁以下などを参照。

(273) 一貫した反対国の理論を条約における留保制度とパラレルなものと考えた上で、慣習国際法と条約の性質の接近や、離脱を認めておいた方が却って遵守を確保できる等の理由もあげながら、反対に条約における脱退制度に対応する仕組みとして、明示的な意思表示によって慣習国際法の拘束を逃れる可能性を模索するものとして、C.A. Bradley & M. Gulati, *Withdraw from International Custom*, 120 YALE L.J. 202 (2010) [hereinafter Bradley & Gulati (Yale)]. See also, C.A. Bradley & M. Gulati, *Customary International*

る<sup>(274)</sup>としても、議会の明確な反対意思の表明を認めて、Charming Betsy Canon の適用を否定するという道をとることは十分に可能というべきであって、裁判所による議会の意思の潜脱を封じることでもできるだろう。

また、仮に慣習国際法や非自動執行条約について国内的効力がないとしても、国際法上、アメリカを拘束することは確かであり<sup>(275)</sup>、その違反を回避する努力を裁判所が行うことは、その範囲や程度はともかく、否定されることではない<sup>(276)</sup>のではないか<sup>(277)</sup>。もちろん、裁判所がCharming Betsy Canon を適用して、議会による意思表示を封じ込めてしまうという Harvard Law Review の Note の懸念が現実化する可能性はゼロではない。しかし、国際法に否定的な意見表明を、法律の文言に書き込む形をとって、議会が明示的・積極的な形で行うことは、例えば、Bradley の議論では、要求こそされ、否定されていないのである。

この他、国内的効力の有無に関連して、法的拘束力のないいわゆるソフト

---

*Law and Withdrawal Rights in an Age of Treaties*, 21 DUKE J. COMP. & INT'L L. 1 (2010) [hereinafter Bradley & Gulati (Duke)] がある。

(274) Bradley や Gulati 自体、離脱を認めうる領域が限定されるときたり (*see*, Bradley & Gulati (Yale), *ibid.*, at 273-275), 離脱についてのルールもそこに含まれることになる慣習国際法についての二次規則一般がなお形成登場であることなどと指摘したり (*see*, Bradley & Gulati (Duke), *ibid.*, at 14-16) しており、一旦成立した慣習国際法からは離脱できないというテーゼの見直し作業を提唱しているに止まる点に留意しなければならない。

(275) 政治部門の判断により、国際法に違反する行動をとること自体は米憲法上許され、国際法上国家責任を負うにすぎないとも言えるとしても、国家責任の解除に当たっては、国際上の違法行為によって生じた結果を除去することが求められるとなると、当該国内法を撤廃など国内法上の行為の効力を否定することが本来的に求められることとなり、国家責任の解除が実際上無理になることも考えられうる。

(276) 合衆国が国際的な協調の恩恵を受け、多国間で行う事業の中で信頼されるパートナーとしての地位を手に入れられるのなら、その裁判所は、国内立法を国際法の侵害ないように解釈すべきだと述べるものとして、Vimar Seguros Y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer, Her Engines, 515 U.S. 528, 539 (1995) も参照。また、この判決は、Charming Betsy Canon 適用に関する制約として、国際法違反を回避するためであれ、他国における当該国際法の理解から乖離することはできないという制約を設けている点 (*Ibid.*, at 537) も注目される。

(277) Erie 判決の理解などを巡って、慣習国際法の国内での意義に慎重な立場をとることと、Charming Betsy Canon の慣習国際法への適用を否定しない立場をとることの整合性について、インタビューで尋ねた際に、Bradley は、自分は国内的効力自体を否定しているわけではないとした上で、補足的にこのような趣旨の説明もしていた。

ローについて, Charming Betsy Canon の参照対象となるのかという問題は確かに生じうる。これについて, ソフトローとして主に論じられるのは, 条約実施機関の文書<sup>(278)</sup>が多く, その場合は結局, 違反が回避されるべき, 国際法の意味決定, すなわち解釈においてどこまで参照されるべきかという問題であって, 直接的には Charming Betsy Canon の問題ではないと整理できるように思われる<sup>(279)</sup>。また, 国際的な行政ネットワークによって形成された規則類<sup>(280)</sup>であれば, 基本的に Charming Betsy Canon の基礎づけが妥当せず, 適用が否定されることとなるといえるのであるし, 成立にあたってのアメリカの関与のあり方, アメリカにおけるどのような機関がその成立に携わったかなどによって, 考慮の可能性・程度が論じられることになるのではないだろうか。

#### 2.2.1.6. まとめ

以上の検討から得られたものを簡潔にまとめておくと, 以下のようなものとなろう。

<sup>(278)</sup> 合衆国において, WTO の紛争解決手続におけるパネル報告の拘束性が問題になることも多いが, 少なくとも合衆国の判例に照らしたとき, ICJ 判決について, 十分に尊重に値するが条約解釈について拘束はしない (Sanchez-Llamas v. Oregon, 548 U.S. 331, 353 (2006)) とし, また自動執行性を否定している (Medellin v. Texas, 552 U.S. 491, 513-514 (2008)). 拙稿・前掲註(3)429頁も参照) ことに照らせば, パネル報告の場合もこれと同様に考えることになるのではないか。See, M.J. Alves, *Reflections on the Current State of Play*, 300 TUL. J. INT'L & COMP. L. 299, 348 (2009). WTO 紛争解決手続におけるパネル報告がそれ自体として米国裁判所の国内法解釈を拘束するものではない点を指摘する下級審裁判例として, 例えば, *Corus Staal v. Department of Commerce*, 395 F.3d 1343, 1348 (Fed. Cir., 2005) [*hereinafter* Corus Staal II] がある。

<sup>(279)</sup> ただし, 先に触れた, 条約実施機関等のトランスナショナルな, しかし拘束力が必ずしも伴わない解釈と, 国内の執行府や行政機関の解釈の抵触をどう処理するかという問題につながる場合があり, そのような問題については, Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の優劣問題という問題設定でよく議論されており, この点については, 2.2.2. で取り上げる。

<sup>(280)</sup> See, e.g., A-M. SLAUGHTER, A NEW WORLD ORDER 36ff. (2004); S. WHEATLEY, THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF INTERNATIONAL LAW 264-267 (2010); C. MÖLLERS, THE THREE BRANCHES 221-223 (2013). この代表例である, バーゼル銀行監視委員会によるルール形成に関する邦語文献として, 神田秀樹「国際金融分野におけるルール策定」中山信弘編集代表・神田秀樹編『市場取引とソフトロー』7頁以下(有斐閣, 2009年)などを参照。

国際法上合衆国を拘束する国際法については、その違反は国際法平面において国家責任を生ぜしめ、一定の負担を被ることに鑑みれば、国内の制定法について、可能な範囲で国際法に違反しないような解釈を採用すべきということを基礎付けうる。しかし、そのような負担を政治部門が敢えて受け入れて国際法に反するような立法を行うことは合衆国憲法上否定されるものではなく、政治部門のこのような権限を侵害することのないよう、裁判所は国際法違反を回避するような解釈を施すに際しては、権力分立の観点に留意する必要がある。その際、国際法の積極的な受容の意図を持った制定法の解釈にあたっては、国際法の違反を回避するのみならず、積極的な国際法への適合解釈を志向すべきであるし、逆に、政治部門が容易にその成立・存在を意識し難い慣習国際法が問題となっている場合には、国際法違反を回避する解釈であっても、慎重な態度で行う必要が生じる。

また、国際法への違反を回避する場合であれ、積極的に国内法の意味内容のそこへの適合を図る場合であれ、国際法の内容を決定するのは裁判所ということになるので、国際法の内容決定が恣意的なものとならないよう慎重に行う必要があるし、そこでは、政治部門による国際法の意味内容理解への敬讓が求められる場合もある。最後の点に関しては、これもすでに述べた<sup>(281)</sup>ように、執行府ないし行政機関の国際法・制定法理解をどうとらえるかという応用問題が潜んでおり、この問題については、項目を改めて、続く2.2.2.で論じることにする。

## 2.2.2. 応用問題：議会・行政機関・裁判所の三面関係

### 2.2.2.1. 論点整理：二つの問題

先に触れた<sup>(282)</sup>ように、執行府あるいは行政機関による法律解釈が、行政の規則の形で現れている場合に、行政による解釈に敬讓を与える Chevron Doctrine が判例上示されているが、行政解釈の内容と国際法が抵触する場合

(281) 前掲註(269)および対応する本文も参照。

(282) 前掲註(153)ないし(156)および対応する本文を参照。

に, Charming Betsy Canon との関係で, いずれが優先されるのかという問題が論じられている。Chevron Doctrine は, 議会と行政機関との関係に注目しつつ, 両者の権限の境界画定を裁判所がどこまで踏み込んで行えるのかという点に着目して示された判断枠組である<sup>(283)</sup>。他方, Charming Betsy Canon については, ここまで見てきたように, これを権力分立原則に基礎を置くものと解する見解や, そこまで至らなくとも, 権力分立に留意した分析・理解が重要であるという見解が有力に主張されており, 本稿も基本的にこれらの見解について好意的に紹介・検討してきた。そうすると, Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の関係を論じるということには, 議会と裁判所の問題に加えて, 議会と執行府あるいは行政機関との関係, そして執行府あるいは行政機関と裁判所の関係に関わる問題が現れており, 優れて権力分立の問題を構成している。そうであるならば, Charming Betsy Canon の性質を論じる上で重要な意義を持つのはもちろん, 対外問題における国内の権力分立という本稿の抱える根本的な問題意識にも深く関わる問題であり, 是非とも検討しておく必要がある。

さらに, 関連する問題として, 執行府・行政機関の国際法解釈に対する司法審査の可能性やその範囲に関する議論も近時盛んになっている<sup>(284)</sup>。確かに, 法律の行政解釈と国際法の行政解釈は別の問題であるという意味では, 先に挙げた, Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の優劣問題に関わる議論とは, 厳密には区別して論じなければならない問題である。しかし, 国際法の内容を国内実施する法律と国際合意<sup>(285)</sup>との差異は, とりわけ事後承認行政協定<sup>(286)</sup>についてはそうであるが, 相対的なものである<sup>(287)</sup>。さらに,

(283) 前掲註(155)および対応する本文を参照。

(284) 前掲註(266)ないし(269)および対応する本文を参照。

(285) 本稿では, 国際法にいう広い意味での条約, すなわち国家間の合意を国際合意と呼び, アメリカ憲法学にいう, 合衆国憲法 2 条上の条約, それ以外の国際協定を包含するものとして用いる。アメリカにおける国際合意の種類やその性質など一般については, 拙稿・前掲註(2)227頁以下などを参照。

(286) 国際合意の内容形成後に, 法律の形で, 国際合意の承認と実施方法等の規律を行うものをいう。同上・227-228頁などを参照。

(287) 同上・243頁参照。逆の意味では, 行政の法律解釈と一括りにするのではなく, ここで

国際法の行政解釈が規則の形をとって現れ、国際機関等における国際法解釈と抵触する際に、いずれを優先するかという問題は、Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の優劣関係の問題と基本的には相似形をなす<sup>(288)</sup>と言って良いだろう。そこで、ここでは、行政の法律解釈の場合との相違点にも留意しつつ、行政の国際法解釈と司法審査の問題についても検討をすることにした。

## 2.2.2.2. 執行府・行政機関の法律解釈と国際法の対立

それでは、早速、執行府・行政機関の法律解釈と国際法の対立あるいは、Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の優劣問題から検討を進めていくことにしよう。この問題は先にも少し触れた<sup>(289)</sup>ように、主として、国際経済法の領域で、行政の規則と GATT を始めとする国際法<sup>(290)</sup>、多くの場合は、WTO の紛争解決手続<sup>(291)</sup>の中でのパネルや上級委員会の報告との抵触がある場合にどう処理すべきかという問題を具体的な現象形態として論じられてきた。

この点、既に述べたように、違憲判断回避原則は Chevron Doctrine に優先すると判断した、合衆国最高裁の DeBartolo 判決が存在する<sup>(292)</sup>。そこでは、

---

も、国際法実施法律と非国際実施法律の区別に着目して、国際法実施法律の行政解釈と司法審査の問題については、むしろ、国際法の行政解釈と司法審査の問題に近づけて論じるべきということが出来るかもしれない。この点、2.2.2.2. で見るように、行政の法律解釈と国際法の対立が実際によく問題になっているのは、アンチダンピングの実施に関わる国内法の行政解釈であり、その法律自体は GATT・WTO の成立前から存在するものではあるが、当然のことながら、GATT・WTO 法に対応した改正を経ており、ある種の国際法実施法律と評価可能なものであるので、二つの問題の区別は実際にあるのか問題となりうるところである。

<sup>(288)</sup> 行政の法律解釈と「国際法」が抵触するという場合、その「国際法」とは、国際機関で示された国際法解釈が想定される場合も少なくない。

<sup>(289)</sup> 前掲註(133)ないし(150)および対応する本文を参照。

<sup>(290)</sup> とりわけ裁判例の集積が見られるのは、WTO 法の中でもアンチダンピング協定に関わるものである。

<sup>(291)</sup> これについては、さしあたり、中川淳司ほか『国際経済法（第2版）』（有斐閣、2012年）67頁以下などを参照。

<sup>(292)</sup> *DeBartolo*, 485 U.S. at 574-574.



違憲判断回避原則の淵源が Charming Betsy 判決に求められており、これを Charming Betsy Canon の Chevron Doctrine への優先を説いたものと理解する可能性はないわけではなく、実際にそのような判断をした判決もある<sup>(293)</sup>。しかし、学説上、このような DeBartolo 判決の読み方はむしろ否定されるのが一般的であると言っても良い。そこで学説が指摘するのは、以下のような違憲判断回避原則と Charming Betsy Canon との間の違いである。すなわち、憲法は法律に優位するものであり憲法を援用した裁判所による立法への干渉は、それ自体問題はないわけではないが、一応は是認され、裁判所による立法の読み替えに陥る危険性を有する違憲判断回避原則も、違憲無効という判断が立法に与える影響を緩和し、立法による明示的な意思表示を促すものとして肯定的に評価することが可能である。これに対して、国際法の場合、アメリカにおいては法律と同位の法にすぎないと考えられており、国際法を用いた法律への介入は原則として是認されないはずである。その意味で Charming Betsy Canon はその正当性について違憲判断回避原則よりも慎重に根拠づけることが必要であり、両者を同日に論じることとはできない<sup>(294)</sup>。そして、DeBartolo 判決自体、Charming Betsy Canon の Chevron Doctrine への優位を直接述べるものではなく、あくまで違憲判断回避原則が、19世紀初頭の Marshall 首席判事が執筆した Charming Betsy 判決にその淵源を求めることもできるものであるということでその重要性を補足的に述べたものにすぎないと解すべきことになる<sup>(295)</sup>。DeBartolo 判決自体の妥当性に疑問を投

<sup>(293)</sup> *Footwear Distributors*, 852 F.Supp. at 1091.

<sup>(294)</sup> See, e.g., Alves, *supra* note 278, at 318-319; Posner & Sunstein, *supra* note 243, at 1211; Bradley, *supra* note 267, at 687. ただし、Charming Betsy Canon と違憲判断回避原則の同根性を指摘する、Bradley, *supra* note 122, at 526に注意。他方、違憲判断回避原則と Charming Betsy Canon との近似性を指摘する見解として、D. Cole, *The Idea of Humanity: Human Rights and Immigrations' Rights*, 37 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 627, 646-647 (2006) も参照。

<sup>(295)</sup> See, Alves, *ibid.*, at 319. なお、Bradley が Charming Betsy Canon と違憲判断回避原則を同根であるとしつつ、Chevron Doctrine との関係で同じように考えることはできないとしている点も、同根であることがすべての場合に同じ扱いを求めることにはならないので、これと同種の意図によるものと善解することは可能である。

げかけるものもないわけではないが、多くの学説はこのようにして、DeBartolo 判決がこの問題について結論を与えてくれるものではないという判断を示すのである。

それではどのように考えれば良いのであろうか。この点、学説においては、いずれかが他方に一般的に優位し、その適用を排除するという考え方を採るのではなく、両者の調整を模索し、真の意味での抵触を否定もしくは限定する見解が見られる。一つの処理の仕方としては、行政の規則が Chevron Doctrine の適用されるための前提条件を満たしていないとして、そもそも Charming Betsy Canon との抵触そのものを回避する可能性を模索することも考えられないわけではない (Chevron Step 0<sup>(296)</sup> と位置付けることも可能である)<sup>(297)</sup>。次に、Chevron Step 1 における議会の意図の検出に当たって、関連する国際法を考慮し、場合によっては、これによって議会の意図が明確となったとして、行政解釈の採用を否定する可能性が指摘される<sup>(298)</sup>。そして、最後に Chevron Step 2 の合理性判断において、国際法適合性を加味するという手段がある<sup>(299)</sup>。最終的に、行政解釈を裁判所が是認するところまでを Chevron Doctrine あるいは Chevron 敬讓と呼ぶのであれば、ここに述べた三つの処理方法は、少なくとも一定の場合には、国際法による行政解釈排除につながるという意味で、両者の調整手法とは言えないかもしれないが、あくまで Chevron 判決の示した判断枠組みの中に、Charming Betsy Canon に由来する国際法違反の回避の要請を盛り込んだという意味では、両者の抵触を回避し、調和的な処理を図る試みと評価することができよう。

合衆国最高裁判決においても、難民申請者の送還について、難民議定書の

<sup>(296)</sup> 淵・前掲註153参照。

<sup>(297)</sup> 全面的な Chevron Doctrine の排除を述べるものではないが、行政の規則制定に当たってとられた手続の性質によって、敬讓の程度が異なる旨を述べるものとして、J.A. Rastani & I. Bloom, *Interpreting International Trade Statutes: Is Charming Betsy Sinking?*, 24 *FORDHAM INT'L L.J.* 1533, 1539-1540 & 1544-1545 (2001) や *Federal Mogul v. U.S.*, 63 *F.3d* 1572, 1579 (1995) などがある。

<sup>(298)</sup> A.O. Canizares, *Is Charming Betsy Losing Her Charm? Interpreting U.S. Trade Agreements and the Chevron Doctrine*, 20 *EMORY INT'L L. REV.* 591, 608 (2006).

<sup>(299)</sup> *Ibid.*, at 608-609.

内容を国内の難民立法の立法過程の中に読み込み、立法者の意図が明確であるとして、Chevron Doctrine の適用を排除したものがある<sup>(300)</sup>。WTO 法を巡る下級審裁判例<sup>(301)</sup>の中では、議会の意図や目的を確定するにあたっては、伝統的な解釈手法 (traditional tools of statutory construction) に従うとし、Charming Betsy Canon がここにいう伝統的な解釈手法に該当すると明記するわけではないが、それを示唆するものとして、合衆国国際通商裁判所 (United States Court of International Trade) の Hyundai v. U.S. 事件判決<sup>(302)</sup>があり、これは、Step 1 への国際法の盛り込みの例として整理することができるように思われる<sup>(303)</sup>。

Step 2 において、Charming Betsy Canon を考慮した例としては、大気汚染防止法の行政解釈に当たって、大気の清潔性以外の要素を考慮することを許容するために、Charming Betsy 判決に言及して WTO の判断を援用した、コロンビア特別区連邦巡回裁判所の Warren Corporation v. E.P.A. 事件判決がある<sup>(304)</sup>。そのほか、Chevron Step 2 にいう合理性の判断において、アンチダンピング協定違反によって行政解釈の不合理性が基礎付けられるという当事者の主張を否定することなく引用し、結局は協定違反を否定することにより商務省の解釈を支持する判決<sup>(305)</sup>は、典型例といえることができる。また、

<sup>(300)</sup> INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 436-447 (1987). なお、このように国際法の内容を立法過程に盛り込むには、本件のように条約実施法律であることが必要であるといえよう。もっとも、逆に言えば、国際法実施法律の場合には、Chevron Step 1 で国際法の内容を読み込む手法が、Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon を調和的に融合する、有力な手段として浮上するといえよう。

<sup>(301)</sup> Step 1 の問題として処理したものに限定せず、WTO 法関連の下級審裁判例を概観するものとして、A. Davies, *Connecting or Compartmentalizing the WTO and United States Legal System? The Role of the Charming Betsy Canon*, 10 J. INT'L ECON. L. 117, 123ff.(2007)などを参照。

<sup>(302)</sup> Hyundai v. U.S., 53 F. Supp. 2d 1334, 1337-1338 &1343-1344 (1999).

<sup>(303)</sup> ただし、DeBartolo 判決を引用している (Hyundai, 53 F. Supp. 2d at 1344) という点では、一律 Chevron 排除の立場を採用した判決と読む余地がないわけではないが、あくまで冒頭において Chevron Doctrine の判断枠組について論じている (*ibid.*, at 1337-1338) のであって、本文のように理解することが妥当であると思われる。

<sup>(304)</sup> Warren Corporation, 159 F.3d 616 at 624.

<sup>(305)</sup> Corus Staal v. Department of Commerce, 259 F. Supp. 2d 1253, 1261ff. (2003) [*hereinafter* Corus Staal I].

Chevron Doctrine も Charming Betsy Canon による制約を受けるという表現を用いるにとどまり、Step 1 の判断なのか Step 2 の判断なのか明確ではないところがあるものの、国際法違反の意図が明確でない限り、国際法違反を回避するような解釈が行政解釈に反してなされる可能性を示唆するもの<sup>(306)</sup>も、Step 2 の合理性判断に国際法違反性を考慮したと評価できないわけではない<sup>(307)</sup>。さらに、「法律の文言は一見すると、アンチダンピング協定に違反するようにも見えるが、なお不明確なところがある」として、法律によって国際法を破ることが可能であると強調しすぎるあまり<sup>(308)</sup>、国際法をむやみに軽視するべきではないと述べて、国際法への違反を回避する解釈を試みたものとして、Unisor v. U.S. 事件の合衆国国際通商裁判所2002年判決<sup>(309)</sup>がある。これも、Step 2 での国際法違反回避の考慮と見る余地がないわけではない<sup>(310)</sup>。

Alves は、近時の一般的な判決の傾向として、法律が曖昧でなければ、国際法を参照せず、仮に曖昧であっても、パネル報告などの直接の拘束力を欠く文書は参照しない傾向があるとして、政治部門への敬譲の度合いを強めているなどと説く<sup>(311)</sup>。確かに、WTO のパネル報告などが、アメリカの国内法解釈において拘束力を欠くことを指摘する判決<sup>(312)</sup>は多い。しかし、このような指摘は以前から国際法を重視する裁判例においてもなされていたものであり<sup>(313)</sup>、国際法違反の回避の重要性を説く裁判例においても、前提として把握

<sup>(306)</sup> *Federal Mogul*, 63 F.3d at 1581.

<sup>(307)</sup> 行政への裁量が Charming Betsy Canon によって制約されるという論じ方を強調すれば、Charming Betsy Canon による Chevron Doctrine の排除と読めないわけではない。

<sup>(308)</sup> この点に関して、議会による国際法からの逸脱自体可能であり、国際法違反にどのように対処するかは裁判所ではなく議会の仕事であるとするものとして、*Suramerica v. U.S.*, 966 F.2d 660, 668 (2005) や *Corus Staal II*, 395 F.3d at 1348 がある。

<sup>(309)</sup> *Unisor v. U.S.*, 26 C.I.T. 767, 777ff. (2002) [*hereinafter* Unisor I].

<sup>(310)</sup> ただし、ここでも上記の *Hyundai* 判決や *DeBartolo* 判決が引用されている点には注意が必要である (*Unisor I*, 26 C.I.T. at 776)。

<sup>(311)</sup> Alves, *supra* note 278, at 352.

<sup>(312)</sup> See, e.g., *Timken v. U.S.*, 240 F. Supp. 2d 1228, 1239 (Ct. Int'l Trade 2002) [*hereinafter* Timken I]; *Corus Staal I*, 259 F. Supp. 2d at 1264; *Timken v. U.S.*, 354 F.3d 1334, 1344 (Fed. Cir. 2004) [*hereinafter* Timken II]; *Corus Staal II*, 395 F.3d at 1348.

<sup>(313)</sup> See, e.g., *Footwear Distributors*, 852 F.Supp. at 1093; *Hyundai*, 53 F. Supp. 2d at 1343.

されているということができる。そして、管見の限りでの話にはなるが、時代が下るにつれてむしろ目立つのは、行政の解釈が法律にも反していなければ、そもそも国際法にも反していないのであるから、Chevron Doctrine と Charming Betsy Canon の抵触問題はそもそも生じないという立場に立つ裁判例である<sup>(314)</sup>。そこでは結局、国際法ないし WTO のパネル報告の解釈論が展開されており、ある意味では、抵触問題を回避するために、拘束力を否定しつつも、事案の区別などが試みられており、実質的に先例として機能しているようにさえ見受けられる<sup>(315)</sup>。

以上のような検討からは、議会による国際法からの逸脱可能性を前提とし、そして、議会の明確な意思という枠を被せられながらも、裁判所よりも民主的な存在であり、政治的判断に長けている執行府ないし行政機関に解釈の名の下に実質的な決定権が与えられていることも是認し、それでいて不必要な国際法違反も避けようという、裁判所の努力が垣間見られたように思われる。とはいっても、立法の意図や国際法の規範内容、さらには執行府や行政機関の定立した規則の内容というものは、一義的に定まるものではなく、そこは裁判所の判断次第という面が大きいことを忘れてはならない。このように考えると究極的には、裁判所における「解釈」にどれだけの規律を与えることができるかという古くからの根本的問題に行き着くことになってしまいそうでもある。それでも何がしかの考慮要素を提示しようとすれば、立法者の意図の判断に当たって、国際法をどれだけ考慮できるかは、問題となっている法律と国際法との関係、例えば、国際法実施法律か否かというのは大きな基準となるということができよう。そして、「国際法解釈」に対する制約としては、あくまで法律の解釈の発現形態という建前であっても、その法律が国際法となんらかの関わりがある場合には、実際上は執行府や行政機関の定立したルールに表れる国際法解釈をどこまで尊重するかという問題ともつながる<sup>(316)</sup>。そのように考えると、これは続く、**2.2.2.3.**で検討する

<sup>(314)</sup> See, e.g., *Unisor v. U.S.*, 342 F. Supp. 2d 1267, 1279 (Ct. Int'l Trade 2004); *Timken I*, 240 F. Supp. 2d at 1240.

<sup>(315)</sup> See, e.g., *Timken II*, 354 F.3d at 1344.

<sup>(316)</sup> Cf. Davies, *supra* note 301, at 149.

問題に限りなく近づいていくということになろう。

### 2.2.2.3. 執行府・行政機関の国際法解釈と司法審査

ここで扱う問題は、アメリカ国内において、執行府あるいは行政機関が、規則の定立などを含める形で示した国際法の解釈について、国内の裁判所が審査することができるのか、できるとしてどの程度、どの範囲に及ぶのかという問題である。これは、一義的には、執行府と裁判所の権限配分の問題である。しかし、問題となる「国際法」が合衆国憲法2条にいう条約であれば、アメリカにおける効力発生のために上院の3分の2の賛成を必要とし、事後承認行政協定であれば、連邦議会の両院の過半数の賛成を必要とするのであって、その過程で示された議会の意思との関係で、当該国際法解釈が許容されるものかという問題が生じうる<sup>(317)</sup>。また、成立ないし発効に当たって議会の関与が必要とされない、慣習国際法や単独行政協定<sup>(318)</sup>などの国際法についても、その規律事項が議会の権限に含まれるような場合などには、それを執行府あるいは行政機関限りで成立させ、または運用することが、議会・政府間の関係において許容されるのかという問題を伴う。要するに、執行府・行政機関の国際法解釈と司法審査という問題は、三権の権限が交錯する権力分立の応用問題を構成しているのである。

先に少し触れたところ<sup>(319)</sup>ではあるが、この問題について Bradley は、従来から判例などにおいて認められてきた、対外事項に関する執行府・行政機関の判断への裁判所の敬讓について、Chevron Doctrine の観点から説明するこ

<sup>(317)</sup> アメリカにおける国際合意の種類やその性質などについては、拙稿・前掲註(2)227頁以下などを参照。

<sup>(318)</sup> 単独行政協定については、拙稿・同上230頁参照。なお、議会が成立に関与する国際協定であっても、国際合意の内容形成前に大統領に連邦議会が締結権限を授權する事前授權行政協定については、その条約自体の成立については連邦議会の関与は小さく、その性格はむしろ単独行政協定に接近する（同上・237頁参照）。ただし、本文での問題に関連していえば、事前の大まかな授權にとどまるとはいえ、議会による授權自体は存在するので、議会の授權の枠内にとどまっているかという意味では、合衆国憲法2条にいう条約や事後承認行政協定に類似した問題が論じられるべきことになろう。

<sup>(319)</sup> 前掲註~~227~~ないし~~228~~及び、対応する本文を参照。



とを試みている<sup>(320)</sup>。

まず Bradley は、対外事項における執行府の優位について、対外的に単一の機関 (sole organ) として外国に対峙する大統領像を強調する Curtiss-Wright 判決<sup>(321)</sup>型の正当化は、国内事項と対外事項の峻別は必ずしも容易ではないし、憲法も大統領にのみ対外権限を付与しているわけではなく、そこに描かれた大統領像には疑義も大きいことを指摘する。他方で、「法の支配」を強調し、執行府のフリーハンドの否定を声高に主張する見解にしても、粗い議論であるとして、個別問題ごとに、執行府の優位性を基礎付けられるかを検討する必要性を説くのである<sup>(322)</sup>。そこで、執行府の優位を基礎付けるツールの一つとして Bradley が着目するのが、裁判所の執行府・行政機関への敬讓の一形態として整理されている、Chevron Doctrine である<sup>(323)</sup>。

こうして Bradley は、Chevron Doctrine の検討に移る。彼は、Chevron 判決があげる Chevron Doctrine の根拠を、曖昧な立法の解釈は法解釈よりも立法に似るのであり、そこでは、裁判所に比して、立法機関により近く、より強い民主的アカウンタビリティを持つ行政機関の判断を裁判所が優先すべきだからであると整理する<sup>(324)</sup>。しかし、それでは立法機関でない行政機関に立法作用を許すものであり、権力分立原則との緊張関係に陥るといい、結局、あくまでフィクションなのであるが、曖昧な立法に行政機関への立法の委任を読み取るものと解することになるという<sup>(325)</sup>。そして、これは明確な意思表示のルール的一种と整理することも可能であると指摘している<sup>(326)</sup>。こうし

<sup>(320)</sup> Bradley, *supra* note 267, at 651 & 702.

<sup>(321)</sup> U.S. v. Curtiss-Wright Export Corporation, 299 U.S. 304 (1936). この判決については、さしあたり、拙稿・前掲註(2)268頁以下などを参照。

<sup>(322)</sup> Bradley, *supra* note 267, at 664-667.

<sup>(323)</sup> Bradley が Chevron Doctrine の紹介を行ったのちに、Chevron 型基礎付けの利点として、Chevron Doctrine の広範な受容、法律による枠付けという制約原理の存在などを挙げ、従来の両極端な見方に対して、現実的で穏当な見方を提示するものであると評価している。See, *ibid.*, at 673-675.

<sup>(324)</sup> *Ibid.*, at 669.

<sup>(325)</sup> *Ibid.*, at 670-671.

<sup>(326)</sup> *Ibid.*, at 672.

て、Bradley によれば、Chevron Doctrine の適用の前提として、議会による立法の委任を想定しうることを、すなわち、前提として議会の委任が可能な領域において、なんらかの議会の行為が先行し、その範囲内で行政機関による法解釈が存在することが要求されるということになる<sup>(327)</sup>。

以上のような考え方を前提にすると、国際法の実施に関する法律について言えば、Chevron Doctrine によって、その法律が曖昧な限りにおいて、行政機関への敬讓が基礎付けられる。さらに、合衆国憲法2条にいう条約についても、上院の関与が認められ、条約の規定内容が曖昧であれば、条約の承認時点における執行府・行政機関への立法の委任を想定できるということになる<sup>(328)</sup>。これに対して、議会の関与なく成立する慣習国際法や対外事項に関する国内の common law の解釈をめぐる問題においては、Chevron 型の敬讓を行う基礎を欠くことになる<sup>(329)</sup>。そして後者については、個別に執行府や行政機関の独自権限による基礎付けや機能適合性を個別に丁寧に説明することが要求される。

以上のような Bradley の Chevron Doctrine への着目に示唆を受けて<sup>(330)</sup>、対外事項全般について、裁判所による執行府・行政機関への Chevron 型の敬讓の拡大を説くのが、Posner と Sustain である<sup>(331)</sup>。彼らが言うには、対外事項に関する問題については、Charming Betsy Canon などの国際的な礼讓 (international comity) を求める法理もあれば、逆にアメリカの利益を優先し礼讓を排除するような法理も存在する。しかし、そのいずれも、現実の損益

<sup>(327)</sup> See, *ibid.*, at 677 & 680.

<sup>(328)</sup> *Ibid.*, at 702.

<sup>(329)</sup> *Ibid.*, at 707 & 716.

<sup>(330)</sup> 彼ら自身、Bradley の議論に多くを負っていることを認めているが、Bradley が Chevron Doctrine 本来の枠付を守って、同様の状況が存在するかを問題となっている法源ごとに細かく確認したが、自分たちは Chevron Doctrine を基礎付ける実質的な機能に着目して、それを応用しようとするものであると差異を見出している。See, Posner & Sunstein, *supra* note 243, at 1177 n.14.

<sup>(331)</sup> ただし、彼らの主たる関心は、国際法の行政解釈よりも国内制定法の行政解釈に置かれており、その意味では、むしろ 2.2.2.2. の議論に関係する点には注意しておかなければならない。

の状況を丁寧に把握した上でのものではなく、国際法を破ることや守ることの帰結をひどく単純化された見積もりに基づいている<sup>(332)</sup>。結局、これは、裁判所に対外事項について、裁判所に十分な判断能力がないことの裏返しなのであって<sup>(333)</sup>、この点についてはむしろ、執行府あるいは行政機関にこそ一日の長がある。すなわち、行政法分野における Chevron Doctrine は、当該事項について行政機関が持つ制度的能力と民主的なアカンタビリティーによって基礎付けられるわけである<sup>(334)</sup>が、対外事項についても、同じことが当てはまり、法律が明示的にそれを禁じていない場合に、その判断に合理性が認められる限りにおいて、国際法からの離脱を行政機関限りで決定することが許されるというのである<sup>(335)</sup>。他方で、Posner と Sunstein は、Bradley 同様、Chevron Doctrine をある種のフィクションを伴う委任の想定と考えている<sup>(336)</sup>のであるが、あえて合憲性に疑義を生じさせるような決定は議会によってなされなければならないとして、合憲性が疑わしい帰結を招く解釈は、委任の範囲外に位置付けるという意味での、違憲判断回避原則による制限が課されることも指摘している<sup>(337)</sup>。

以上の Posner と Sunstein の議論は、彼らに限ったことではないが、反対論への批判の割には、漠然と執行府・行政機関の優位を論じるにとどまっているくらいがないわけでもない。実際、Bradley が粗い議論として嫌った、大統領が対外的には合衆国を代表する単独機関であることを強調する見解を肯定的に引いていたりするのである<sup>(338)</sup>。また、制定法の存在する場合に限定した議論であるという意味では、Bradley よりも射程の狭い議論であると言わざるを得ない。

<sup>(332)</sup> *Ibid.*, at 1182-1192.

<sup>(333)</sup> *Ibid.*, at 1192.

<sup>(334)</sup> *Ibid.*, at 1202.

<sup>(335)</sup> *See, ibid.*, at 1204-1207.

<sup>(336)</sup> *Ibid.*, at 1194.

<sup>(337)</sup> *Ibid.*, at 1196, 1223 & 1228. *See also*, C. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 331-335 (2000). なお、Sunstein がここで制約原理として挙げる、Nondelegation Canon については、拙稿・前掲註(2)300-301頁でも触れた。

<sup>(338)</sup> Posner & Sunstein, *ibid.*, at 1202.

Posner と Sustain の議論に対して、執行府・行政機関にあまりにフリーハンドな権限を与えるものであるとして、鋭い批判を浴びせるのが、Jinks と Katyal である<sup>(339)</sup>。彼らは、奇しくも、「法の支配」という言葉を使って、Posner と Sustain の議論はその法の支配を害するものであるという。そして、執行府・行政機関による対外事項の処理には議会による制約に従うべき領域が存在し、その領域については、議会の課した制約の枠内にとどまっているか裁判所によって審査可能となる。Jinks と Katyal のいう議会による制約に服すべき範囲とは、①合衆国憲法6条2項にいう国の最高法規である条約や連邦法律が存在している場面が該当し、逆に言えば、慣習国際法や非自動執行条約<sup>(340)</sup>については、執行府・行政機関の判断が優先されて良いという<sup>(341)</sup>。次に、②執行府の外で形成された法には、執行府・行政機関の判断は拘束されるとし、これは単独行政協定による拘束を否定する結果を伴う<sup>(342)</sup>。最後に、③執行府の権限行使を規律するような法の解釈について執行府の解釈に敬譲を示す必要はないといい、これは逆に言えば、執行府の排他的権限領域においては敬譲を働かせるべきであるということである<sup>(343)</sup>。

安易な機能論で、執行府にフリーハンドな権限を与えることは避けるべきであり、制約を受けるべき領域を確定しようとする自体は妥当なことである。しかし、Posner・Sunstein に対する批判としてみた場合に、①から③の敬譲が働かない場面の画定が果たしてかみ合った議論になっているのか疑問がある。まず注意しておかねばならないのは、先に紹介した通り、彼らも議会の明確な意思表示や、憲法上の疑義を生じさせる解釈の否定といった制約原理を導入していること<sup>(344)</sup>である。さらに、法律なり条約なりが存在する

<sup>(339)</sup> Jinks & Katyal, *supra* note 268.

<sup>(340)</sup> Jinks・Katyal は、非自動執行条約は、国の最高法規に該当しないという立場を前提としているということになるが、この見方は自明ではない。非自動執行条約の効力をめぐり議論については、さしあたり、拙稿・前掲註(3)396頁以降などを参照。

<sup>(341)</sup> Jinks & Katyal, *supra* note 268, at 1239.

<sup>(342)</sup> *Ibid.*, at 1243.

<sup>(343)</sup> *Ibid.*, at 1244.

<sup>(344)</sup> See, *supra* note 337 and accompanying text.

場合にその意味内容が不明確であれば、執行府の解釈に敬讓を与えるという議論に対して、条約や法律に執行府も拘束されるということが批判となっているのかという問題があるように思われる。すなわち、議会の拘束の内容がはっきりしない場合に、拘束されるのだといったところで、何に拘束されるかがわからず、拘束の内容を裁判所がどのように導出すれば良いのだろうか。国際的な礼讓に関わる解釈原則と執行府・行政機関の解釈が抵触した場合に、何を優先するかという場合に限るならば<sup>(345)</sup>、前者を優先する原理として働きうるが、基本的には、法律や国際法の内容が不明瞭な場合に、執行府・行政機関の解釈を無視して、裁判所が独自に判断すべきというのであれば、その先どうすれば良いのかが見えない。その意味では、出発点に帰っただけの議論になってはいないかという疑問を禁じ得ない。また、②について言えば、問題なのは、執行府の外部で形成されたかという事実的な点ではなく、執行府単独で形成されたことが許容されるのかではないのか。そして、そこでは③の場合と並んで、憲法上の執行府の権限なり機能なりに照らして審査されることが重要であり、そして、その審査枠組みを提示することこそが学説に求められているはずである。

もっとも、Jinks と Katayal も、自分たちと Posner・Sunstein の差異は、執行府ないし行政機関の解釈についての評価が異なり、議会の意図の解釈について、裁判所が行うのが原則と考えるか、執行府・行政機関が行うのが原則と考えるかという、デフォルト・ルール設定の争いであると自覚している<sup>(346)</sup>。そして、Posner・Sunstein の評価を批判することになるのだが、そこでの批判には説得的なものも含まれている。具体的には、Jinks・Katayal は Chevron Doctrine の根拠として、Posner・Sunstein があげる民主的アカウンタビリティーと専門性のほか、民主的アカウンタビリティーを基礎付けるものとして密接に関係はするのであるが、行政立法手続などが用意されることによって

<sup>(345)</sup> Posner・Sunstein がこのような問題設定を、(少なくとも一部では)行っているのは確かではある。See, Posner & Sunstein, *supra* note 243, at 1198 & 1203.

<sup>(346)</sup> Jinks & Katayal, *supra* note 268, at 1252-1253.

熟議の機会が確保されていることを挙げ、これを特に重視する<sup>(347)</sup>。であるにもかかわらず、対外事項については、そういった熟議の機会が確保されていないので、Chevron Doctrine を適用する基礎を欠くというのである<sup>(348)</sup>。また、裁判所の制度的能力に対する批判も、Posner・Sunstein の議論を大きく支えているが、いわゆる対テロ戦争などを念頭に置いて、危機の状況下にあつては、むしろ政治から距離を置いて憲法機関として唯一長期的なスパンで物事を考えられる裁判所の制度的な利点を指摘している<sup>(349)</sup>。さらには、執行府・行政機関の専門性についても、ある種のフィクションである面が否めないところもあり、真に専門家による熟慮に基づくものと言えるのか個別に吟味する必要があることを説く<sup>(350)</sup>。

以上のような Jinks・Katayal の議論は、安易に執行府・行政機関の制度的能力や専門性を強調するのではなく、丁寧な判断を要すること、条約や法律が執行府・行政機関に判断を委ねていると解されるほどに真に曖昧なものを丁寧論じてから、執行府・行政機関の判断に裁判所は敬讓を払うべきだという議論として整理することが可能であろう。

ここまで、三者の見解の検討を通じて言えることは、大山鳴動して鼠一匹という感もぬぐえないところではあるが、制度的な能力の面などから、裁判所は国際法解釈を含む対外事項の判断について、執行府・行政機関の解釈・判断を尊重し、敬讓を与えるべき場面があることは否定できないものの、その責務として、議会の判断を解釈する努力を容易に放棄すべきではないし、真に敬讓を払うべき場面なのかを丁寧に検討する必要があるということである。裁判所が解釈の名の下に、対外政策の実質的決定を行うことは避けるべき事態であるが、解釈作業に対する検証可能性を確保する意味でも、丁寧に敬讓を払うべき場面なのか否かといった点を論じさせる必要があるのではないか。このことは、議会に対して、重要な決定を行うのであれば、それを明

<sup>(347)</sup> *Ibid.*, at 1246-1247.

<sup>(348)</sup> *Ibid.*, at 1249.

<sup>(349)</sup> *Ibid.*, at 1264.

<sup>(350)</sup> *Ibid.*, at 1281-1282.



示すべく促していくことも重要であることともパラレルであるように思われる。

#### 2.2.2.4. まとめ

2.2.2. における検討内容をまずは、簡単におさらいしておこう。

2.2.2.1. での論点整理を受けて、2.2.2.2. では、執行府・行政機関の法律解釈と国際法の対立、さらに言えば、Charming Betsy Canon と Chevron Doctrine の関係について検討した。そこでは、裁判例において、両者を対立させるのではなく極力その調和が図られてきたことをその具体例にも触れつつ見た。そして、それは一種の賢慮であるとしても、国際法の内容についても、議会の立法の内容、それを受けた執行府・行政機関の解釈についても、結局裁判所の判断にかかるところ、裁判所の解釈への枠付が必要ではないかという結論に達した。

他方、2.2.2.3. では、主たる焦点は、執行府・行政機関の国際法解釈と司法審査を主たる論題としつつも、すでに述べたように、2.2.2.2. と 2.2.2.3. で論じた問題は、論理的には区別して論じられるべきものであるが、相互の区別は相対的なもので、密接につながっている問題であり、理論的に面に焦点を当てて、裁判所の判断の限界を、議会の権限・能力も加味しつつ、主として執行府・行政機関の能力との関係でどう説明づけるかという問題に触れることとなった。そして、結論として、大雑把な印象論で、裁判所や執行府・行政機関の能力を論じるのではなく、丁寧に司法による敬讓の根拠となる事情が存在するのかを検討する必要がある、先に出てきた裁判所の統制という意味では、裁判所は事後的検証を可能とするため、その検討をきちんと提示する必要があるのではないかとした。

結局、解釈方法論という古くからの問題に帰着することになるのではないか、だが果たしてそこに答えはあるのかというのが、現時点での率直な実感である。

### 2.2.3. 小 括

ここまで、2.2. では、米国における Charming Betsy Canon をめぐる理論的問題について検討を続けてきた。そこでまず看取されたのは、権力分立によって Charming Betsy Canon を基礎づけようと試みた Bradley に限らず、米国においては、Charming Betsy Canon が優れて権力分立に関わる問題であることが意識されているということである。

もっとも、検討を経て得られた結論は、権力分立論のみで Charming Betsy Canon を理解することは困難であり、国内における権力分立構造と国際法平面における国際法への拘束とその違反から生じる不利益との勘案の問題として理解されるということである。敷衍すれば、議会による国内法秩序における国際法規範の排除が可能であることを前提に、国際法違反の不利益を踏まえて、それだけの重要な決定は議会によって明示的になされるべきであり、そのような意図が明示的に示されない以上、国内の法律は国際法に違反しないように解釈されることになるのである。ただし、議会の意思を重視するという観点から、国際法を積極的に受容するような法律にあっては、単に国際法違反を回避するのみならず、受容対象の当該国際法への積極的な適合を図る解釈を施すことが求められることになるし、議会の受容意思が希薄あるいは欠如する国際法については、国際法違反の回避も慎重になされなければならない。このように、問題となっている国際法や国内の制定法の性質に細やかな注意を図ることが重要であるということも、ここでの検討によって得られた成果と言える。

また、権力分立の観点から言えば、議会と裁判所の関係のみならず、執行府・行政機関を含めた三面関係で、Charming Betsy Canon にアプローチする必要があることについても言及し、Charming Betsy Canon と Chevron Doctrine の関係、対外事項における Chevron Doctrine の意義についても検討したのであった。ここでも結局は、問題となっている事柄や法規範の性質・内容に着目して丁寧な議論を行っていく必要性が確認されるとともに、裁判所の解釈次第となってしまうように、究極的には解釈方法論の再構築が

必要となりうることを指摘した。

### 2.3. 中間総括

本来、ここでは、本稿第2章のまとめを行うことが求められる。しかし、**2.1.** は、Charming Betsy Canon の沿革について述べたものであり、理論的な検討は、主に**2.2.** において行われた。したがって、第2章での議論をここでまとめたとしても、その内容はすぐ上の**2.2.3.** の内容と大幅に重複することとなろう。そこで、以下では、第1章において紹介した、日本の議論<sup>(351)</sup>との対比を通じてアメリカの議論の特徴を簡潔に述べて、「おわりに」において、我が国における展望・課題を論じる一助としたい。

我が国における議論の特徴は何と言っても、議論の対象がほぼ国際人権条約に限定されているということである<sup>(352)</sup>。人権法特有の磁場の危険性については、すでに指摘してきたところではあるが、人権の特殊性とは一線を画した一般論を構築する必要性を意識しなければならない<sup>(353)</sup>。この点、アメリカにおいては、Charming Betsy Canon が人権と全く無関係に論じられているとは言わないが、沿革からしても人権法とは関係のないところから生じてきた解釈原則である。憲法の人権規定の解釈において Charming Betsy Canon を援用しようとする見解がないわけではないが、これも既に述べたように、憲法規定の解釈における国際法の考慮は、Charming Betsy Canon とは厳密には別の問題として取り扱われている<sup>(354)</sup>。

次に、問題の性質理解という点では、我が国においても、棟居快行や寺谷広司など一部の論者は自覚的である<sup>(355)</sup>が、国際法の間接適用ないし国内法の国際法適合的解釈に関する従来議論の中で、権力分立の問題に対する意識

<sup>(351)</sup> まとめとして、**1.4.** 参照。

<sup>(352)</sup> **1.3.4.** 参照。

<sup>(353)</sup> 前掲註<sup>(12)</sup>及び対応する本文参照。

<sup>(354)</sup> 前掲註<sup>(12)</sup>及び対応する本文参照。

<sup>(355)</sup> **1.3.2.** 参照。さらに、原田大樹「第6章グローバル社会保障?」同『行政法学と主要参照領域』(東京大学出版会, 2015年)198-202頁と藤谷武史「第8章グローバル化と『社会保障』」浅野有紀ほか編『グローバル化と公法・私法関係の再編』(弘文堂, 2015年)216頁も参照。

は決して高くなかった<sup>(356)</sup>。これに対して、アメリカにおける議論が優れて権力分立論を意識した議論を展開していることは再三にわたって指摘した通りである<sup>(357)</sup>。加えて、その権力分立論の中身として、議会と裁判所の間の権限配分問題のみならず、そこに執行府・行政機関を含めた三面関係が論じられていたところ<sup>(358)</sup>も、重要な点として指摘しておかなければならない。

加えて、権力分立の問題にもある意味で関連している点として、指摘しておかなければならないのが、アメリカでは、国際法は国内法秩序の中で、連邦の憲法より下位であるが、連邦の法律と同等の位置に位置付けられており、連邦議会の意思によって、国際法が排除されることが議論の前提となっていた点である<sup>(359)</sup>。他方、日本においては、国際法は少なくとも法律よりも上位にあると一部の論者を除けば、一般に考えられており<sup>(360)</sup>、これに従えば、法律によって条約を廃することは基本的に想定できない。本稿の第1章においても、国内法秩序における序列関係に注目した概念整理も行っているところであり<sup>(361)</sup>、この相違点については、十分に検討しておく必要があるといえよう。

最後に、「国際法適合解釈」の中身に関する問題として、アメリカにおいては、*Charming Betsy Canon* が、国際法への違反の回避を要求するにとどまるか、積極的に国際法の内容に適合的に国内法を解釈することを求めるものなのかという点が意識的に論じられていた<sup>(362)</sup>。そして、そこでは、後者の立場が近時有力化しつつあるものの、基本的には前者の意味に理解されていたこと、後者のように解することには強い反発の存在することが確認され、本稿としても、国際法を積極的に受容する法律の場合とはともかく、それ以外には、前者の範囲で理解すべきであると結論づけた。対して我が国においては、

(356) ただし、京都初等朝鮮学校襲撃事件民事訴訟第1審判決・控訴審判決がこの点について自覚的であることについて、1.2.1.2. ③を参照。

(357) 2.2.3. 参照。

(358) 2.2.2. 参照。

(359) See, e.g., RESTATEMENT (THIRD), *supra* note 163, at 63 § 115 (1) (a).

(360) 前掲註(86)及び対応する本文参照。

(361) 前掲註(94)ないし(98)及び対応する本文参照。

(362) 2.2.1.3. 参照。

この区別自体があまり自覚されていないというのが実情であるように見受けられるし、無意識のうちに、むしろ後者のように積極的な国際法への適合を求めるものとなっているように思われる<sup>(363)</sup>。

以上が、我が国における従来の議論とアメリカにおける議論の相違点であり、これを踏まえて、続く「おわりに」では、我が国における今後の議論の展望と課題について簡潔にコメントしておくことにする。

## おわりに

先に予告した通り、ここでは、2.3. で指摘した日米の相違点を踏まえて、今後の我が国における議論の展望と課題について簡潔に述べることにしたい。

まず、国際法適合的解釈の対象となる国際法の範囲についてであるが、この点については、米国における、国際人権条約に限定されない幅広い対象設定を受けて、我が国においても議論対象を広げていくことが求められるように思われる。なお、留意しておいてもらいたいのは、筆者は、国際人権法について国際法適合的解釈を行うことを否定するわけではないということである。筆者が言いたいのは、人権法特有のイメージに囚われてむやみに国際人権法を国内法秩序へと流入させることは権力分立構造などから問題も抱えうるのであって、人権法特有の問題を加味する前に、冷静に外来法源流入に伴う問題点について検討する必要があるということに過ぎないのである。

たった今、権力分立の問題にも言及したところであるが、米国で Charming Betsy Canon が優れて権力分立の問題として論じられていることは、我が国においても、権力分立の観点から国際法適合的解釈の問題にアプローチする

<sup>(363)</sup> 管見の限りでは、「国際法違反を回避する」というような言葉遣いは見られないように思われる。また、とりわけ近時に見られる、「国際法適合的解釈」という用語法にも表れているといえるかもしれないが、このネーミングに重きをおくのであれば、Charming Betsy Canon を米国における国際法適合的解釈と呼ぶことは、ミスリーディングということになりかねない。なお、国際法に積極的に適合させる場合も、違反の回避の一種であるということはでき、両者の相違が相対的であるという点にも留意しておくなければならない。See, Coyle, *supra* note 210, at 714-715.

ことの必要性・重要性を示しているように思われる。ただし、ここで留意しなければならないのは、これも既に2.3.で指摘しているように、米国と日本では、国際法規範の国内法秩序における序列関係において別の位置を占めているということである。すなわち、権力分立の問題として意識すべきだという一般論を米国の議論から学んだとしても、議会があえて国際法を破ることも許されるのが議論の前提となっている米国の議論を、国際法を法律の上位に置き、国会による国際法違背を原則としては認めない我が国においてそのまま導入することはできないはずなのである。しかし、議論は、ここでまた反転する。そもそも我が国において、国際法が法律に優位すると考えられているのは、憲法98条2項に規定されていると言われる国際協調主義を理由とするものである<sup>(364)</sup>。けれども、この国際協調主義はその規範内容が明確であるわけではなく<sup>(365)</sup>、国会承認条約についてさえ、成立に要する手続に着目すれば<sup>(366)</sup>、むしろ法律のそれよりも緩和されたものである<sup>(367)</sup>。そうすると、逆に、米国のように議会による国際法違反が可能だと考えられる場合であっても、Charming Betsy Canonのようなルールを導入することによって国際協調が図れるというのであれば、憲法98条2項を根拠に国際法の法律に対する優位を導く必要はないということになりかねない。したがって、憲法98条2項論こそが、今むしろ再検討されるべきではないのか。すなわち、我々にとっての今後の課題として、憲法98条2項の制定過程研究や、たとえば、一般国際法の連邦法律への優位を定めたドイツ連邦共和国基本法25条や、同基本法の書かれざる憲法原則である、国際法調和性原則などの議論をめぐる比較法研究を通じて、国際協調主義から求められる国際法の尊重がどの程度の

(364) 例えば、佐藤・前掲註(15)89頁などを参照。

(365) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ(補訂第3版)』98頁(成文堂, 2000年), 中川・前掲註(117-1)69頁などを参照。

(366) 成立に必要とされる手続のみで国内法上の序列が決まるのが妥当とは思われないが、広い意味での条約、すなわち国際法の一つであっても、国会の承認を経ない行政協定は、法律に劣位するものと考えられており、このような場合にのみ手続に着目して国内法上の序列を決定するのは、背理とも言える。

(367) 日本国憲法60条2項・61条と同59条を対比せよ。



ものなのかを明らかにするという課題が浮上する<sup>(368)</sup>。そして、これを踏まえてこそ、我が国における具体的な国際法適合的解釈の方法論が論じられるのである。

以上の通りであるならば、98条2項論に結論が与えられない限りは、論じても詮なきことかもしれないが、最後に、国際法適合的解釈の中身に関してここでも触れておきたい。この点、アメリカにおける議論に看取された、国際法考慮の程度の観点は、我が国においても重要な視点であり、特段その取り入れを阻むべき理由もないだろうから、これを導入していくべきである。また、その際、考慮される国際法の種類・性質、解釈に当たって国際法が考慮される国内法の性質にも着目すべき点も忘れてはいけない。本稿第1章における、国際法の参照、国際法適合的解釈、国際法の私人間適用への分類の提案は、このような観点からも正当化可能であるということができよう。ただし、そこでは、実施法律か否かなどの観点は考慮されておらず、このような観点を我が国に持ち込んで行くことも検討されなければならない。また、国際法違反の回避か、積極的な適合かという問題は、我が国で近時議論されている、合憲限定解釈と憲法適合的解釈の分類の問題<sup>(369)</sup>とも類似する<sup>(370)</sup>点があり、両者の相互参照による理解の深化も今後の課題となろう。

このように課題はなお尽きないところであるが、これ以上冗長になっても、ますます退職をお祝いするに適さない駄文になるだけであり、米国の議論を確認し、日本における今後の議論展開に伴う課題を確認できたということをもって、ひとまず筆を擱くこととする。

<sup>(368)</sup> 以上の点について重要な先行研究となるのが、齊藤正彰の一連の研究（参照、齊藤・前掲註(69)及び(95)所収の諸論文）である。また、拙稿・前掲註(3)454-455頁も参照。なお、本稿は1.3.において、国内法秩序における序列問題に大きく依拠して議論を展開しており、その見直しが必要になる可能性もないわけではない。

<sup>(369)</sup> さしあたり、拙稿・前掲註33285頁以下などを参照。

<sup>(370)</sup> 合憲限定解釈と憲法適合的解釈の差異が、要求内容としての憲法違反の回避と積極的な憲法への適合の差異にあるかという点、そうとも言えない面がある。もっとも、前者をアメリカの avoidance 理論に淵源を持つもの、後者をドイツの理論に淵源を持つものと理解すれば、そのような対比もあながち間違いではないように思われる。

## 831 国内法の国際法適合的解釈と権力分立

〔付記〕

本稿は、2015年11月14日開催の第79回岡山公法判例研究会にて行った、報告「国内法の国際法適合解釈・序説」に大幅に加筆・修正を施したものである。示唆的なコメントを下された同研究会の参加者各位にはお礼申し上げる。また、これは、JSPS 科研費(若手B)「グローバル化時代における国内裁判所と民主政」(課題番号26780020・研究代表者山田哲史)及び、JSPS 科研費(基盤C)「憲法適合的解釈の国際比較——『日本型違憲審査制』の構築に向けて——」(課題番号26380033・研究代表者土井真一)の交付を受けて行った研究の成果の一部である。